

# Schriften des Historischen Kollegs

Kolloquien

57

Naturrecht und Staat

Politische Funktionen des europäischen Naturrechts  
(17.–19. Jahrhundert)

R. Oldenbourg Verlag München 2006

# Naturrecht und Staat

Politische Funktionen des europäischen Naturrechts  
(17.–19. Jahrhundert)

Herausgegeben von  
Diethelm Klippel  
unter Mitarbeit von  
Elisabeth Müller-Luckner

R. Oldenbourg Verlag München 2006

Schriften des Historischen Kollegs  
herausgegeben von  
Lothar Gall  
in Verbindung mit  
Etienne François, Johannes Fried, Klaus Hildebrand, Manfred Hildermeier,  
Martin Jehne, Claudia Märtl, Friedrich Wilhelm Rothenpieler, Luise Schorn-Schütte,  
und Dietmar Willoweit  
Geschäftsführung: Georg Kalmer  
Redaktion: Elisabeth Müller-Luckner

Das Historische Kolleg fördert im Bereich der historisch orientierten Wissenschaften Gelehrte, die sich durch herausragende Leistungen in Forschung und Lehre ausgewiesen haben. Es vergibt zu diesem Zweck jährlich bis zu drei Forschungsstipendien und ein Förderstipendium sowie alle drei Jahre den „Preis des Historischen Kollegs“.

Die Forschungsstipendien, deren Verleihung zugleich eine Auszeichnung für die bisherigen Leistungen darstellt, sollen den berufenen Wissenschaftlern während eines Kollegjahres die Möglichkeit bieten, frei von anderen Verpflichtungen eine größere Arbeit abzuschließen. Professor Dr. Diethelm Klippel (Bayreuth) war – zusammen mit Dr. Peter Burschel (Freiburg i.Br.), Prof. Dr. Wolfgang Hardtwig (Berlin) und Prof. Dr. Jürgen Reulecke (Siegen) – Stipendiat des Historischen Kollegs im Kollegjahr 2000/2001. Den Obliegenheiten der Stipendiaten gemäß hat Diethelm Klippel aus seinem Arbeitsbereich ein Kolloquium zum Thema „Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.–19. Jahrhundert)“ vom 28. bis 30. Juni 2001 im Historischen Kolleg gehalten. Die Ergebnisse des Kolloquiums werden in diesem Band veröffentlicht.

Das Historische Kolleg wird seit dem Kollegjahr 2000/2001 – im Sinne einer „public private partnership“ – in seiner Grundausstattung vom Freistaat Bayern finanziert, seine Stipendien werden gegenwärtig aus Mitteln des DaimlerChrysler-Fonds, der Fritz Thyssen Stiftung, des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft und eines ihm verbundenen Förderunternehmens dotiert. Träger des Historischen Kollegs, das vom Stiftungsfonds Deutsche Bank und vom Stifterverband errichtet und zunächst allein finanziert wurde, ist nunmehr die „Stiftung zur Förderung der Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und des Historischen Kollegs“.

Bibliographische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2006 Oldenbourg Wissenschaftsverlag GmbH, München  
Rosenheimer Straße 145, D-81671 München  
Internet: [oldenbourg.de](http://oldenbourg.de)

Das Werk einschließlich aller Abbildungen ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier (chlorfrei gebleicht)  
Gesamtherstellung: R. Oldenbourg Graphische Betriebe Druckerei GmbH, München

ISBN-13: 978-3-486-57905-5

ISBN-10: 3-486-57905-3

# Inhalt

<i>Diethelm Klippel</i>	
Naturrecht und Staat im Europa des 17. Jahrhunderts. Zur Einführung . . .	VII
Verzeichnis der Tagungsteilnehmer . . . . .	XI
<i>Dieter Schwab</i>	
Der Staat im Naturrecht der Scholastik . . . . .	1
<i>Jan Schröder</i>	
Politische Aspekte des Naturrechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts: Die Begründung des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols . . .	19
<i>Martin Fitzpatrick</i>	
Natural law, natural rights, and the Toleration Act in England, 1688–1829	35
<i>Salvador Rus Rufino</i>	
Die Entwicklung des Naturrechts in der spanischen Aufklärung . . . . .	59
<i>Wolfgang Schmale</i>	
Naturrecht und Staat in Frankreich . . . . .	89
<i>Barbara Stollberg-Rilinger</i>	
Vom Volk übertragene Rechte? Zur naturrechtlichen Umdeutung ständischer Verfassungsstrukturen im 18. Jahrhundert . . . . .	103
<i>Walter Demel</i>	
Naturrecht und Gesetzgebung in mittleren deutschen Territorien . . . . .	119
<i>Wilhelm Brauneder</i>	
Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgermonarchie . . . . .	145
<i>Christof Dipper</i>	
Naturrecht und politische Reformen in Italien, 1750–1850 . . . . .	171
<i>Hardtwig Brandt</i>	
Vernunftrecht und Politik im Vormärz . . . . .	199

<i>Sibylle Hofer</i>	
Naturrecht und Staat in der deutschen Politischen Ökonomie um 1900 ..	209
Personenregister .....	223
Sachregister .....	227

*Diethelm Klippel*

## Naturrecht und Staat im Europa des 17. bis 19. Jahrhunderts

### Zur Einführung

Naturrechtliches Denken und naturrechtliche Literatur haben die Entwicklung der Philosophie, der Rechtswissenschaft und der politischen Theorie der Frühen Neuzeit in erheblichem Maße beeinflusst, teilweise sogar geprägt. Das gilt auch und gerade für die Vorstellungen über Grundlagen und Ausgestaltung von Staat und Recht. Beide Feststellungen entsprechen allgemeiner Auffassung und erscheinen schon fast als banal. Zudem herrscht an einschlägiger Forschungsliteratur aus den Bereichen der Geschichts- und Rechtswissenschaft, der Philosophiegeschichte und der Geschichte der politischen Ideen und Theorien kein Mangel<sup>1</sup>. Ein Sammelband zum Thema „Naturrecht und Staat“ vom 17. bis 19. Jahrhundert bedarf daher, soll er sich nicht in der Wiederholung von Altbekanntem erschöpfen, der Legitimierung durch den Versuch, mit neuen Fragestellungen neue Perspektiven zu eröffnen.

Ausgangspunkt dieses Sammelbandes und des ihm zugrunde liegenden Symposions war daher die Erkenntnis, daß trotz des auf den ersten Blick guten Forschungsstandes zahlreiche Fragen zum Thema noch nicht gestellt oder zufriedenstellend beantwortet worden sind. Dies gilt um so mehr, als bestimmte methodische und inhaltliche Erkenntnisse der letzten Jahre es erst ermöglichen, weiterführende Fragen zu stellen. Insgesamt besteht Anlaß, unser Wissen über die Geschichte des Verhältnisses von Naturrecht und Staat unter *zeitlichen*, *methodischen* und *inhaltlichen* Aspekten zu überprüfen und möglicherweise zu revidieren.

Die bisherige Forschungsliteratur konzentriert sich in *zeitlicher* Hinsicht überwiegend auf die Geschichte des Naturrechts in der zweiten Hälfte des 17. und im 18. Jahrhundert als „Zeitalter des Naturrechts“. Demnach fehlt es trotz bemer-

<sup>1</sup> Vgl. nur die nunmehr veraltete, für die bis dahin erschienene Forschungsliteratur aber noch brauchbare Bibliographie von *Angela Stender*, in: *Otto Dann, Diethelm Klippel* (Hrsg.), *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution* (Hamburg 1995) 293–299; ein Teil der neueren Literatur speziell zum Thema „Naturrecht und Staat“ nunmehr bei *Jan Rolin, Der Ursprung des Staates. Die naturrechtlich-rechtsphilosophische Legitimation von Staat und Staatsgewalt im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts* (Tübingen 2005).

kenswerter Ausnahmen noch weitgehend an detaillierten Untersuchungen des Einflusses von scholastischem und spätscholastischem Naturrecht auf das nicht-theologisch orientierte Naturrecht der Zeit nach Hugo Grotius und Thomas Hobbes, desgleichen an Forschungen über die Geschichte des katholischen Naturrechts im 17., 18. und 19. Jahrhundert. In den letzten Jahren erkannt wurde das Weiterleben des Naturrechts im 19. Jahrhundert<sup>2</sup>; allerdings fehlt es auch hier an detaillierten Analysen, nicht zuletzt zur Entwicklung von Naturrecht und Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts.

In *methodischer* Hinsicht haben die Anregungen der u. a. von der sog. Cambridge-School beeinflussten „Neuen Ideengeschichte“ neue Perspektiven eröffnet<sup>3</sup>. Sie hat, um drei Punkte herauszugreifen, *erstens* unseren Blick für die Bedeutung der Quellen außerhalb der „großen Autoren“ – also für die Masse der naturrechtlichen Lehrbücher, sonstiger naturrechtlicher Bücher, Dissertationen, Aufsätze und einschlägiger Rezensionen – geschärft. Es liegt auf der Hand, daß deren Auswertung noch nicht weit gediehen ist. *Zweitens* fordert die „Neue Ideengeschichte“ die historische Kontextualisierung auch der „großen Autoren“. Nimmt man diese Forderung ernst, so ergeben sich schwerwiegende Konsequenzen u. a. für die Einbeziehung zeitgenössischer Quellen in die Analyse „großer Autoren“ und – dies wird noch kaum thematisiert – für die Rezeptionsgeschichte von Autoren, Werken und Ideen<sup>4</sup>. *Drittens* sollen die Wechselbeziehungen zwischen Ideen und Lebenswelt, Theorie und Praxis thematisiert werden. Gerade insofern weist die Erforschung der Geschichte des Naturrechts erhebliche Lücken auf. Dies dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, daß „Naturrecht“ aus heutiger Sicht vom Gegensatz zwischen naturrechtlich-überpositivem Denken und dem positiven staatlichen Recht her gesehen wird. Gerade dies jedoch führt dazu, daß entscheidende Charakteristika des Naturrechts vom 17. bis etwa um die Mitte

<sup>2</sup> Vgl. nur *Diethelm Klippel* (Hrsg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung* (Goldbach 1997); ferner *ders.* (Hrsg.), *Naturrecht und Rechtsphilosophie im 19. Jahrhundert. Eine Bibliographie*, Bd. 1: 1780–1850 (im Druck).

<sup>3</sup> Siehe dazu die Überlegungen von *Hartmut Rosa*, *Ideengeschichte und Gesellschaftstheorie. Der Beitrag der „Cambridge School“ zur Metatheorie*, in: *Politische Vierteljahrsschrift* 35 (1994) 197–223; *Günther Lottes*, „The State of the Art“. Stand und Perspektiven der „intellectual history“, in: *Neue Wege der Ideengeschichte. Festschrift für Kurt Kluxen* (Paderborn 1996) 27–45; *Eckhart Hellmuth*, *Christoph von Ehrenstein*, *Intellectual History Made in Britain. Die Cambridge School und ihre Kritiker*, in: *Geschichte und Gesellschaft* 27 (2001) 149–172; ferner die Beiträge von *Günther Lottes* (*Neue Ideengeschichte*), *Luise Schorn-Schütte* (*Neue Geistesgeschichte*), *Raingard Eßer* (*Historische Semantik*), *Iain Hampsher-Monk* (*Neuere angloamerikanische Ideengeschichte*) und *Robert Jütte* (*Diskursanalyse in Frankreich*), in: *Joachim Eibach*, *Günther Lottes* (Hrsg.), *Kompaß der Geschichtswissenschaft* (Göttingen 2002) 261–328.

<sup>4</sup> Vgl. dazu *Jan Rolin*, *Recht, Gesetz und Gesetzgebung bei Montesquieu. Zur Kontextualisierung eines Klassikers des politischen Denkens*; *Louis Pablow*, *Zur Theorie der Gewaltenteilung im 18. Jahrhundert*; beide – mit einer Einleitung von *Diethelm Klippel* (S. 235–237) – in: *Aufklärung. Interdisziplinäres Jahrbuch zur Erforschung des 18. Jahrhunderts und seiner Wirkungsgeschichte* 15 (2003) 239–274 bzw. 275–299.

des 19. Jahrhunderts nicht in den Blick geraten. Denn das Naturrecht (*ius naturae*) dieser Zeit bildete eine anerkannte und an allen deutschen Universitäten vermittelte Teildisziplin der Rechtswissenschaft mit bestimmten Inhalten, Aufgaben und Funktionen. Überdies war das Naturrecht, d.h. die Auskünfte der Naturrechtslehre zu bestimmten Rechtsfragen, ganz allgemein als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt; Forschungen dazu, insbesondere aus dem Blickwinkel des Verhältnisses zur Rechtspraxis, fehlen noch weitgehend<sup>5</sup>.

Schon aus den zuletzt genannten Gründen hat die Forschung bestimmte Fragen noch nicht oder noch nicht nachhaltig genug gestellt. So fehlt es – um weitere Lücken zu erwähnen und gleich einzuräumen, daß dies das Vorhandensein einzelner einschlägiger Forschungen nicht ausschließt – an vergleichenden Untersuchungen zur Entwicklung des Naturrechts in Europa, obwohl es sich um eine europäische Entwicklung handelte und jedenfalls die wichtigsten Autoren europaweit bekannt waren. Erst aufgrund vergleichender historischer Untersuchungen könnte die Geschichte des Naturrechts, will sie sich nicht punktuell auf „große Autoren“ beschränken, aus europäischer Perspektive geschrieben werden. Zudem haben zwar einige der grundlegenden Modelle des Naturrechts, wie z.B. Naturzustand, Staatsvertrag und Staatszweck, seit jeher das Interesse der historischen Wissenschaften gefunden. Weniger erforscht sind dagegen die naturrechtlichen Diskurse zu konkreten politischen und rechtlichen Fragen der Zeit, etwa im 17. und 18. Jahrhundert zum Konflikt zwischen den absolutistischen Bestrebungen der Fürsten und den entgegenstehenden Positionen der intermediären Gewalten, insbesondere der Stände. Zahlreiche weitere von den Zeitgenossen kontrovers diskutierte, jeweils aktuelle und z.T. politisch brisante naturrechtliche Themen, die bisher nicht oder nur am Rande untersucht worden sind, lassen sich schon bibliographisch leicht feststellen.<sup>6</sup>

Diese knappen und beileibe nicht auf Vollständigkeit Anspruch erhebenden Bemerkungen zur Forschungslage mögen als Hinweis auf das Erkenntnisinteresse dieses Sammelbandes genügen. Selbstverständlich können nicht alle erwähnten Forschungsperspektiven vertreten sein; doch greifen die folgenden Beiträge über die jeweiligen weiterführenden Einzelergebnisse hinaus in jeweils unterschiedlicher Akzentuierung einige der oben genannten Aspekte auf und werfen so neues Licht auf die Geschichte des europäischen Naturrechts.

Sämtliche Beiträge stellen die Fruchtbarkeit von Forschungen unter Beweis, die nach den Funktionen des jeweiligen Naturrechts hinsichtlich Staat und Recht fragten; in lohnender Weise aufgegriffen wird insbesondere die Auffassung von John Pocock, das Naturrecht habe als „politische Sprache“ fungiert (Christoph Dipper, Barbara Stollberg-Rilinger). Sehr deutlich werden daher in allen Beiträgen

<sup>5</sup> Vgl. aber *Thomas Cornelius Kischke*, Das Naturrecht in der Rechtspraxis. Dargestellt am Beispiel der Spruchstätigkeit der Gießener Juristenfakultät, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 22 (2000) 124–147.

<sup>6</sup> Vgl. oben Fn. 2; ferner die für die Zeit vorher noch unentbehrliche Bibliographie von *Christian Friedrich Georg Meister*, *Bibliotheca iuris naturae et gentium*, 3 Bände (Göttingen 1749–1757).

die erheblichen politischen Implikationen des Naturrechts im Alten Reich und in den hier berücksichtigten europäischen Staaten; das gilt insbesondere hinsichtlich der Bedeutung des Naturrechts für die Rechtsnormen- und Gesetzgebungstheorie (vor allem Wilhelm Brauner, Walter Demel, Jan Schröder). Die Auswirkungen naturrechtlicher Lehren lassen sich bis in die politische und rechtliche Praxis hinein verfolgen (u. a. Martin Fitzpatrick, Wolfgang Schmale, Barbara Stollberg-Rilinger). Einige Beiträge eröffnen die europäische Perspektive, indem sie die Geschichte des Naturrechts in bestimmten europäischen Staaten untersuchen und zum Teil vergleichende Fragestellungen verfolgen (Wilhelm Brauner, Christof Dipper, Martin Fitzpatrick, Wolfgang Schmale, Salvador Rus Rufino). Mehrere Beiträge erweitern die zeitliche Perspektive der Geschichte des Naturrechts in das Mittelalter (Dieter Schwab) und in das 19. Jahrhundert hinein (Hartwig Brandt, Wilhelm Brauner, Christof Dipper, Sibylle Hofer, Wolfgang Schmale).

Über diese allgemeinen Aspekte hinaus erbringen die Beiträge jeweils zahlreiche weitere Erkenntnisse, deren Erkundung – ebenso wie die Nachprüfung der oben erwähnten allgemeinen Aspekte – jedoch der Lektüre im einzelnen überlassen werden muß. Es ist zu hoffen, daß der Ertrag des Sammelbandes die wissenschaftliche Diskussion über die Bedeutung des Naturrechts für Staat, Politik und Recht befruchten und weitere Forschungen zu diesem Thema anregen wird.

Die Beiträge des Sammelbandes beruhen auf einem Kolloquium, das vom 28. bis 30. Juni 2001 im Historischen Kolleg in München stattfand. Allen Autoren, Referenten und Teilnehmern des Kolloquiums danke ich herzlich für ihre jeweiligen Beiträge, Herrn Wiss. Assistenten Dr. Jens Eisfeld, LL. M., für die Erstellung der Register. Besonderer Dank gebührt dem Historischen Kolleg in München, seinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und den diese für die historischen Wissenschaften segensreiche Einrichtung tragenden Institutionen. Das Stipendium des Historischen Kollegs hat dieses Kolloquium und den vorliegenden Sammelband, vor allem aber ein Jahr Konzentration auf ein Forschungsvorhaben (fast) abseits von den Anforderungen des Universitätsbetriebes in einem Massenfach ermöglicht.

## Verzeichnis der Tagungsteilnehmer

Prof. Dr. Helmut Berding, Gießen  
Prof. Dr. Hardtwig Brandt, Wuppertal  
Prof. Dr. Wilhelm Brauner, Wien  
Prof. Dr. Walter Demel, Neubiberg  
Prof. Dr. Christof Dipper, Darmstadt  
Dr. Jens Einfeld, LL. M.  
Dr. Martin Fitzpatrick, Aberystwyth, U.K.  
Prof. Dr. Eckhart Hellmuth, München  
Prof. Dr. Sibylle Hofer, Regensburg  
Prof. Dr. Diethelm Klippel, Bayreuth (Stipendiat des  
Historischen Kollegs 2000/2001)  
Prof. Dr. Peter Landau, München  
Dr. Esteban Mauerer, Bayreuth  
PD Dr. Louis Pahlow, Bayreuth  
Prof. Dr. Salvador Rus Rufino, León  
Prof. Dr. Wolfgang Schmale, Wien  
Prof. Dr. Jan Schröder, Tübingen  
Prof. Dr. Winfried Schulze, München  
Prof. Dr. Dieter Schwab, Regensburg  
Prof. Dr. Barbara Stollberg-Rilinger, Münster  
Prof. Dr. Michael Stolleis, Frankfurt a.M.  
Dr. Wyger R. E. Velema, Amsterdam



*Dieter Schwab*

## Der Staat im Naturrecht der Scholastik

### 1. Vorbemerkungen zum Naturrecht des Mittelalters

In einer halben Stunde das Thema „Der Staat im scholastischen Naturrecht“ bewältigen zu wollen, erscheint als vermessen. Schon der Begriff „Scholastik“ ist schwierig<sup>1</sup>. Ich will darunter diejenige im Mittelalter ausgebildete und in der Neuzeit fortgesetzte Theologie verstehen, die den christlichen Glauben in einen philosophischen Kontext stellt und die Vereinbarkeit des Christentums mit philosophischer Erkenntnis zur methodischen Grundmaxime hat. Ich müßte, um dem Thema gerecht zu werden, Staatstheorien beinahe eines Jahrtausends erörtern. Statt dieses Unmöglichen will ich einige wenige Beobachtungen zur Staatstheorie des Thomas von Aquin und seiner Schule vortragen, die aus einem rückschauenden Blick gewonnen sind und vielleicht einen Beitrag zum Verständnis der weiteren Entwicklung des Naturrechtsgedankens leisten können.

Zum Verständnis der Naturrechtslehren des Mittelalters sind einige Vorbemerkungen zu machen. Vorstellungen von einer natürlichen, auch in den Bereich menschlichen Rechts hineinragenden Ordnung sind im Mittelalter allgegenwärtig. Wir finden sie formuliert im theologischen Schrifttum, gleichzeitig im kanonischen Recht und ebenso bei den Glossatoren und Kommentatoren des *Corpus Juris Civilis*<sup>2</sup> und in politischen Schriften. Antike Quellen dieser Vorstellungen sind vor allem die Schriften Ciceros, der Kirchenväter, darunter von besonderer Bedeutung die des Augustinus und des Isidor von Sevilla, die Philosophie des Aristoteles und das römische Recht. Schon diese unterschiedliche Fundierung erklärt, daß wir nicht auf eine geschlossene Vorstellungswelt treffen und auch nicht auf eine übereinstimmende Terminologie.

Aus heutiger Sicht fällt vor allem auf, daß Naturrecht (*ius naturae*, *ius naturale*, *lex naturae*, *lex naturalis*) *keinen* speziell *rechtlichen* Begriff darstellt. Er ist auch nicht ausschließlich auf die Ordnung des Staates und anderer Gesellschaftsformen

<sup>1</sup> Siehe Ulrich G. Leinsle, Einführung in die scholastische Theologie (Paderborn 1995) 5–12.

<sup>2</sup> Zu den Querverbindungen zwischen Philosophie und Jurisprudenz: Maximiliane Kriebbaum, Philosophie und Jurisprudenz bei Baldus de Ubaldis: „Philosophi legum imitati sunt philosophos naturae“, in: *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 27 (2000) 299–343.

ausgerichtet. Vielmehr geht es primär um eine natürliche Seinsordnung im allgemeinsten Sinne, die natürliche Ethik eingeschlossen. Die Begriffe „*ius naturale*“ oder „*lex naturalis*“ – meist synonym verwendet – können nach dem Vorbild des römischen Rechts auch noch weiter gefaßt sein und den Naturinstinkt der *anima*, zu denen der Mensch mit einem Teil seines Wesens gehört, in sich schließen<sup>3</sup>. Das die Menschen betreffende Naturrecht grenzt sich nicht gegen die Moralität aus. Die Gerechtigkeit (*iustitia*) ist Tugend und zugleich Inbegriff von Rechtsprinzipien. Das hindert die mittelalterliche Philosophie nicht, Erwägungen darüber anzustellen, ob alles sittlich Gebotene durch Zwang durchgesetzt werden muß oder ein Bereich freiwilliger Pflichterfüllung verbleiben soll<sup>4</sup>. Die Mischung von Rechtslehre und Ethik wird ein Grundproblem des neuzeitlichen Naturrechts bleiben.

Als Gegenspieler des Naturrechts erscheint das *positive Gesetz*, sei es dasjenige Gottes, sei es das der Menschen. Das positive Gesetz wird aber nicht schroff dem Naturrecht entgegengesetzt. Im Thomismus herrscht die Anschauung, daß alles Recht letztlich Ausprägung der natürlichen Ordnung ist, Konkretisierung der allgemeinen, mit der Vernunft erkennbaren Prinzipien (*principia primaria*) des Naturrechts. Folgerichtig wird die Frage diskutiert, von welchem Punkt an positives menschliches Recht wegen eines Widerspruchs gegen naturrechtliche Prinzipien seinen Geltungsanspruch verliert. Auch das Problem der Wandelbarkeit des Naturrechts ist thematisiert<sup>5</sup>.

Mit der natürlichen Ethik verbindet das thomistische Naturrecht einen strukturellen Ansatz, den sodann auch Vertreter des Nominalismus teilen können. Die Welt ist von Gott als geordnete geschaffen, und die Strukturen dieser *natura creata* sind mit Hilfe der menschlichen Vernunft erkennbar. Auch hier ergeben sich Verknüpfungen mit naturgesetzlichen Vorstellungen, wie überhaupt die *lex*, das dem Kosmos innewohnende, der Schöpfung durch ihren Urheber eingegebene Bewegungsprinzip, den *Schlüsselbegriff* bildet: Der Mensch ist ein *animal sociale* (*civile*), weswegen der Staat Natureinrichtung sein muß, und er ist ein *animal coniugale*, daher auch die Ehe ein Naturgebilde. Gerade der strukturelle Ansatz eignet sich für rechtliche Aussagen, zugleich öffnet er den Weg zu unterschiedlichen Naturrechtsebenen. Wenn aus dem anzutreffenden Sein des Menschen normative Rückschlüsse gezogen werden können, dann kann auch in Rechnung gestellt werden, daß sich die Befindlichkeit des Menschen durch den Sündenfall geändert hat. So können zwei Naturrechte miteinander konfrontiert werden, das *ius naturae primaevum* als Idealzustand und das *ius naturae post lapsum*, das im Hinblick auf die Verderbnis des Menschen gewisse Einschränkungen verträgt und auch Sklaverei<sup>6</sup> und Privateigentum legitimiert.

<sup>3</sup> Institutionen 1, 2 pr.; Digesten 1, 1, 1, 3.

<sup>4</sup> Siehe *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica*, im folgenden zitiert nach der Ausgabe *De Rubéis, Billuart* et al. (Turin 171922) I-II qu. 96 art. 2 („Utrum ad legem naturalem pertineat, omnia vitia cohibere“).

<sup>5</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 94 art. 5.

<sup>6</sup> Zur Sklavenfrage siehe unter anderem *Summa Theologica* I qu. 96 art. 4; II-II qu. 57 art. 3.

Für das Verständnis der mittelalterlichen Naturrechtsdiskussion erscheint weiterhin wichtig, daß sie – dem römischen Recht folgend<sup>7</sup> – auch mit dem Parallelbegriff des *ius gentium* geführt wird. Dieser Begriff ist im Gegensatz zum *ius naturae* ausschließlich auf die menschliche Rechtsordnung bezogen<sup>8</sup>. Der Vorzug des *ius gentium* besteht darin, daß weder eine Vermischung mit den Naturgesetzen noch mit der Ethik stattfindet. Der Begriff bezeichnet das *Recht*, das die natürliche Vernunft für alle Völker bestimmt hat, und bildet so eine Größe, auf welche der rechtliche Diskurs *unvermittelt* zurückgreifen kann – man beobachtet nur die argumentative Rolle, die das *ius gentium* in den Auseinandersetzungen des 11. Jahrhunderts spielt<sup>9</sup>. Das *ius gentium*, obwohl der natürlichen Vernunft entspringend, ist mit dem *ius naturae* auch deshalb nicht einfach austauschbar, weil es im (gedachten) übereinstimmenden Gebrauch der Völker ein positives Moment besitzt<sup>10</sup>. Dies bedingt, daß das *ius gentium* unter dem Blickwinkel allgemeiner Naturrechtsprinzipien in die zweite Reihe rücken kann – als Ausprägung des Naturrechts für menschliche Verhältnisse, teilweise auch als ein Naturrecht für den Zustand nach dem Sündenfall<sup>11</sup>. So gesehen bildet das *ius naturae* einen Oberbegriff, unter dem auch das *ius gentium* Platz findet. Die Theologen der mittelalterlichen Scholastik denken allerdings, der deduktiven Methode folgend, hauptsächlich von der naturrechtlichen Ebene aus.

Bei Thomas von Aquin und seinen Schülern wird das Naturrecht auf Gott als das ewige Gesetz (*lex aeterna*) zurückgeführt, während die Voluntaristen die Willkür Gottes walten lassen, so daß ein Naturrecht jenseits des göttlichen Willens nicht gedacht werden kann. So oder so stellte sich die Frage nach dem Erkenntniswert der Offenbarung für das Naturrecht und nach dem Verhältnis des Naturrechts zum göttlichen Recht überhaupt. Über das gesamte Mittelalter befinden sich die Begriffe „*ius divinum*“ – „*ius naturale*“ in einem komplexen Verhältnis zueinander, das ich hier nicht entfalten kann<sup>12</sup>. Gegenüber Ansätzen zur Identifikation dieser Begriffe arbeitete die Scholastik heraus, daß das ewige Gesetz sich in

<sup>7</sup> Institutionen 1, 2, 1; Digesten 1, 1, 1, 4.

<sup>8</sup> Digesten 1, 1, 1, 4.: „... quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.“

<sup>9</sup> Siehe *Lampert von Hersfeld*, *Annalen* (Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe 13, Darmstadt 1962) 56, 74, 90 und öfter. Siehe auch die *Defensio Heinrichi des Petrus Crassus*, c. 6, ediert in: *Quellen zum Investiturstreit*, Zweiter Teil: Schriften über den Streit zwischen regnum und sacerdotium (Ausgewählte Quellen zur Deutschen Geschichte des Mittelalters. Freiherr vom Stein-Gedächtnisausgabe 12 b, Darmstadt 1984) 208.

<sup>10</sup> Institutionen 1, 2, 1: „... quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.“ Siehe *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica* I-II qu. 95 art. 4; II-II qu. 57 art. 3.

<sup>11</sup> Zu diesem Zusammenhang mit Bezug auf Augustinus *Otto Schilling*, *Die Staats- und Soziallehre des heiligen Thomas von Aquin* (München 1930) 10.

<sup>12</sup> Zu diesen Fragen: *Ernst Rößer*, *Göttliches und menschliches, unveränderliches und veränderliches Kirchenrecht. Von der Entstehung der Kirche bis zur Mitte des 9. Jahrhunderts* (Paderborn 1934); *Dieter Schwab*, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts* (Bielefeld 1967) 15–23, 136–150.

zweierlei Form äußert, dem Naturrecht und dem positiv-göttlichen Recht. Dem entspricht aber keine einschichtige Zuordnung der Erkenntnisquellen: Für die Erkenntnis des Naturrechts ist der Mensch auf die natürliche Vernunft nicht allein angewiesen; auch die Offenbarung enthält naturrechtliche Aussagen, insbesondere in Form der *praecepta moralia*<sup>13</sup>. Gottes Offenbarung kommt der Unsicherheit des menschlichen Urteils entgegen, im göttlichen Gesetz des Alten Testaments manifestieren sich, wie Thomas von Aquin sagt, auch die Vorschriften der *lex naturalis*<sup>14</sup>.

Insgesamt gesehen entwickeln Thomas von Aquin und seine Schüler grandiose Systeme einer vernünftigen Welt. Gott ist Vernunft und hat den Menschen nach seinem Ebenbild als Vernunftwesen gestaltet. In allem liegen ein Wesen (*essentia*) und ein Zweck (*finis*), die rational erkennbar sind. Der Kosmos wird regiert von vernünftigen Gesetzen, die der Mensch trotz seines durch den Sündenfall verdunkelten Verstandes erfassen und auf konkrete Verhältnisse übertragen kann<sup>15</sup>. Im Wege der Schlußfolgerung (*conclusio*) vom Grundprinzip, das Gute zu tun und das Böse zu meiden<sup>16</sup>, sind weitere Primärprinzipien zu gewinnen („*Sum cuique tribuere*“<sup>17</sup>, „*neminem laedere*“<sup>18</sup>); von dieser Ebene kann mit der Methode der Derivation dann Stufe um Stufe herabgestiegen werden bis hin zu konkreten Problemen der Sachmängelhaftung des Verkäufers<sup>19</sup>. Die Scholastik bietet ein außerordentlich optimistisches Naturrecht, dem sie die Verheißung der Gnade Gottes hinzufügt.

## 2. Naturrecht und Staat bei Thomas von Aquin

Naturrechtsverständnis wie Staatslehre<sup>20</sup> entnimmt Thomas von Aquin im wesentlichen lateinischen Übersetzungen der Schriften des Aristoteles, deren für unseren Zusammenhang wichtigste – die Nikomachische Ethik und die Politik – er

<sup>13</sup> Dazu Dieter Schwab, Ehe und Familie nach den Lehren der Spätscholastik, in: *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Firenze 1973) 73, 85 – 88.

<sup>14</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 98 art. 5. („... quod *lex vetus* manifestabat *praecepta legis naturalis*“).

<sup>15</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 91 art. 3 : „*Praeter aeternam et naturalem legem est lex quaedam ab hominibus inventa, secundum quam in particulari disponuntur quae in lege naturalis continentur.*“

<sup>16</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 94 art. 2.

<sup>17</sup> *Summa Theologica* II-II qu. 58 art. 1.

<sup>18</sup> *Summa contra gentiles* lib. 3 cap. 128 (3006), zitiert nach der Ausgabe. S. Thomae Aquinatis *Liber de veritate Catholicae Fidei contra errores infidelium seu Summa contra gentiles* (Turin/Rom 1961).

<sup>19</sup> *Summa Theologica* II-II qu. 77 art. 2 und 3.

<sup>20</sup> Zu dieser: Alexander Passerin D'Entrèves, *The Medieval Contribution to Political Thought*. Thomas Aquinas, Marsilius of Padua, Richard Hooker (New York 1959); Ronald W. Carstens, *The Medieval Antecedents of Constitutionalism* (American University Studies, Series IX Vol. 115, New York 1992) 37–48.

kommentiert<sup>21</sup>. Der Staat (die polis, civitas, auch: res publica) ist eine Institution des Naturrechts, weil es natürliche Bestimmung des Menschen ist, sich zu Gesellschaften zusammenzuschließen, und weil auch die Notwendigkeit ihn dazu zwingt. Zweck des Staates ist schlechthin das „bene vivere“ der Bürger, ein Begriff, der nicht für das Wohlleben im Luxus, sondern für das tugendhafte Leben steht<sup>22</sup>, wenngleich unter Einschluß der nötigen materiellen Bedingungen<sup>23</sup>.

Damit ist, auch wenn man den Begriff Tugend auf eine *Bürgertugend* zuspitzt, die folgenreiche, bis Hegel und darüber hinaus wirkende Verbindung von Staat und Sittlichkeit geknüpft. Nicht bloß wegen der Sicherung der äußeren Existenz schließen sich die Menschen zusammen, denn anders hätten auch Sklaven und Tiere Teil an der congregatio civilis<sup>24</sup>. Die Tugend steht mit dem Glück in engem Bezug. Felicitas<sup>25</sup> (beatitudo) ist der Effekt der Tugend, und so gesehen läßt sich als Staatsziel auch das Glück der Bürger begreifen. Freilich produziert nicht der Staat das Glück, die Tugend muß von den cives selbst geleistet werden; doch schafft der Staat die Bedingungen, äußere wie innere, unter denen der Bürger tugendhaft und glücklich sein kann.

Zu diesen Bedingungen gehört auch die Lenkung mit den Mitteln des Rechts, der Gesetzgebung und des Zwanges<sup>26</sup>. In diesem Zusammenhang spielt der Friedensgedanke eine bedeutsame Rolle. Die gegenseitige Übung der Gerechtigkeit und der Frieden gehen Hand in Hand: Opus iustitiae pax<sup>27</sup>. Überhaupt fällt letz-

<sup>21</sup> In decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nikomachum expositio (benutzte Ausgabe: Turin, Rom 1964); In octo libros Politicorum Aristotelis expositio (benutzte Ausgabe: Turin, Rom 1966). Zur Aufnahme der Ethik siehe *Dimitrios Papadis*, Die Rezeption der Nikomachischen Ethik des Aristoteles bei Thomas von Aquin (Frankfurt/Main 1980).

<sup>22</sup> De regimine principum ad Regem Cypri lib. 1 cap. 15 (817), zitiert nach der Ausgabe: Opuscula Philosophica (Turin, Rom 1954): „Ad hoc enim homines congregantur, ut simul bene vivant, quod consequi non posset unusquisque singulariter vivens; bona autem vita est secundum virtutem; virtuosa igitur vita est congregationis humanae finis.“ Zur Literaturgattung der Fürstenspiegel im Mittelalter und ihrer Bedeutung: *Wilhelm Berges*, Die Fürstenspiegel des hohen und späten Mittelalters (Schriften der Monumenta Germaniae Historica 2, Leipzig 1938) zu Thomas von Aquin ebendort 195–211.

<sup>23</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 16; Summa Theologica I-I qu. 4 art. 7; zu den körperlichen Erfordernissen Summa Theologica I-II qu. 4 art. 4. Der Thomas-Schüler Aegidius Romanus drückt diesen Zusammenhang dadurch aus, daß er das „sufficenter vivere“ und das „virtuose vivere“ unterscheidet, auf beides ist die Civitas ausgerichtet, siehe: *Aegidius Romanus*, De regimine principum libri III (Ausgabe Rom 1607, Nachdruck Aalen 1967) lib. 2 pars 1 cap. 2. Zu diesem Fürstenspiegel *Berges*, (wie Anm. 22) 211–230; *Richard Scholz*, Die Publizistik zur Zeit Philipps des Schönen und Bonifaz' VIII. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Anschauungen des Mittelalters (Stuttgart 1903) 32–129.

<sup>24</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 15 (817).

<sup>25</sup> Die Glückseligkeitslehre findet sich ausführlich in der Summa contra gentiles, lib. 3 cap. 26 ff.; siehe auch Summa Theologica I-II qu. 62 art. 1.

<sup>26</sup> Sogar dasjenige betreffend, was zur ewigen Seligkeit führt: „Quia igitur vitae, qua in praesenti bene vivimus, finis est beatitudo caelestis, ad regis officium pertinet ea ratione vitam multitudinis bonam procurare secundum quod congruit ad caelestem beatitudinem consequendam, ut scilicet ea praecipiat, quae ad caelestem beatitudinem ducunt, et eorum contraria, secundum quod fuerit possibile, interdicit.“ De regimine principum lib. 1 cap. 16 (823).

<sup>27</sup> Summa contra gentiles lib. 3 cap. 128 (3006).

lich alles zusammen: Friede unter den Bürgern, Gerechtigkeit, Tugend, Glück, und für dies alles besitzt der Staat eine Zuständigkeit.

Thomas von Aquin und seine Schule überhöhen den aristotelischen Staatszweck durch eine theologische Komponente. Über das tugendhafte Leben hinaus soll der Staat den Menschen auch in seinem Bestreben fördern, in den Genuß der Anschauung Gottes (*fruitio divina*) zu kommen<sup>28</sup>. Damit scheint sich eine Spiritualisierung des Staates zu ergeben, die allerdings im gleichen Atemzug relativiert wird, worauf noch näher einzugehen ist.

Ein individualrechtliches Staatskonzept im neuzeitlichen Sinne ist damit nicht entworfen. Vom griechischen Philosophen übernimmt Thomas von Aquin die Vorstellung vom Verhältnis der Teile zum Ganzen: Das Ganze ist der Staat, die vollkommene Gesellschaft (*societas* oder *communitas perfecta*), welche das vollkommene, sich selbst genügende Dasein zum Ziel hat<sup>29</sup>. Der einzelne Mensch und die Familie – obgleich diese Strukturanalogien zum Staat aufweist – sind als Teile auf das Ganze hingebunden<sup>30</sup>. Als Zielbegriff dient das „*bonum commune*“, dem die einzelnen im Rang vor ihrem eigenen Wohl verpflichtet sind: Das Gemeinwohl der Vielen ist göttlicher als das Wohl eines Einzelnen<sup>31</sup>, das *summum bonum*, auf das sich letztlich alles ausrichtet, ist Gott selbst<sup>32</sup>. Der hier aufscheinende Gegensatz „Gemeinwohl – Eigennutz“ löst sich in der Tugendlehre auf<sup>33</sup>: Es ist die Gerechtigkeit, welche die Ausrichtung jedweder Tugend auf das Ganze leistet<sup>34</sup>. Doch sind Tugend und Recht auch in diesem Zusammenhang keine Gegensätze: Der Staat ist um des Gemeinwohls willen da<sup>35</sup> und lenkt die Bürger durch gerechte Gesetze auf das *bonum commune* und das allgemeine Glück hin<sup>36</sup>. Der thomistischen Theorie fehlt im allgemeinen der Grundkonflikt zwischen allgemeinem Wohl und individuellen Lebensinteressen.

Der Zweck bestimmt die erlaubten Mittel. Die Staatstätigkeit, wie Thomas von Aquin sie sieht, ist am besten mit dem Begriff „Leitung“ umschrieben. Das Staatswesen ist geprägt von der Struktur der Über- und Unterordnung, des Herrschens

<sup>28</sup> „*Fruitio divina*“ als letztes Ziel des Menschen, *De regimine principum* lib. 1 cap. 15 (817); siehe auch lib. 1 cap. 16.

<sup>29</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 90 art. 2: „*Perfecta enim communitas civitas est, ut dicitur.*“

<sup>30</sup> Siehe nur *Summa Theologica* I-II qu. 96 art. 4: „*Cum enim unus homo sit pars multitudinis, quilibet homo hoc ipsum quod est, et quod habet, est multitudinis, sicut et quaelibet pars id quod est, est totius ...*“. Zum Verhältnis Familie – Staat finden sich in der Spätscholastik auch abweichende Ansichten, siehe *Dieter Schwab*, *Ehe und Familie nach den Lehren der Spätscholastik*, in: *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Firenze 1973) 73, 100.

<sup>31</sup> *Summa Theologica* II-II qu. 31 art. 3 ad 2 (Bezug auf die Nikomachische Ethik lib. 1, 1).

<sup>32</sup> *Summa contra gentiles* lib. 3 cap. 17 (1999–2003).

<sup>33</sup> *Summa Theologica* II-II qu. 58 art. 5: „*Manifestum est autem quod omnes qui sub communitate aliqua continentur, comparantur ad communitatem sicut partes ad totum; pars autem id quod est, totius est; unde et quodlibet bonum partis est ordinabile in bonum totius.*“

<sup>34</sup> *Summa Theologica* II-II qu. 58 art. 5 und 6.

<sup>35</sup> *De regimine principum* lib. 1 cap. 1 (745).

<sup>36</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 90 art. 2; qu. 92 art. 1; qu. 94 art. 4.

und Beherrscht-Werdens<sup>37</sup>, der Vorschrift (praescriptio) und des Gehorsams, des Vollzugs der im natürlichen Recht und der göttlichen Ordnung angelegten Verhaltensweisen<sup>38</sup>. Vor allem gibt der Staat seinen Mitgliedern die Regeln vor: „Lex“ und „Legislator“ spielen in der gesamten Naturrechtslehre des Aquinaten die zentrale Rolle. Die Ordnung des Kosmos stellt sich als Ordnung durch „Gesetz“ dar, von der lex aeterna, die Gott selbst ist, über ihre Emanationen der lex divina und lex naturalis bis hin zu den leges mundanae, welche die natürliche Ordnung in der konkreten Gesellschaft ausformen. Dem entspricht das Bild vom Gesetzgeber als der zentralen Instanz, deren Vorbild Gott selbst ist, der Schöpfer der Naturgesetze.

Aus moderner Sicht interessiert unter anderem, ob der naturnotwendige Staat nach scholastischer Vorstellung eine Entstehungs- oder Entwicklungsgeschichte hat. Im christlichen Weltbild bieten sich zunächst Sündenfall und Vertreibung aus dem Paradies als Zäsuren an. Der Thomismus hält die naturrechtliche Konzeption der Staatslehre konsequent durch: Auch im Paradiese, im Stand der Unschuld, hätten die Menschen als soziale Wesen gelebt, ein gesellschaftliches Leben der Vielen hätte indes nicht sein können, wenn ihnen nicht irgendeiner vorgestanden hätte, der auf das Gemeinwohl bedacht gewesen wäre<sup>39</sup>. Freilich hätte es im Stande der Unschuld weder Sklaverei noch Tyrannis gegeben. Mit anderen Worten: Der Sündenfall hat nicht den Staat hervorgebracht, aber seine Erscheinungsform verändert.

Dessen ungeachtet klingt die schon aus der Antike bekannte Vorstellung an, der Staat habe irgendwann einen Anfang gehabt, er sei von den Menschen errichtet worden<sup>40</sup>. In seinem Fürstenspiegel gibt Thomas von Aquin Ratschläge dazu, wie ein König eine civitas oder ein regnum gründen solle (einschließlich der klimatischen und topographischen Bedingungen). Darüber hinaus wird die Vorstellung des griechischen Philosophen weitergeführt, die Familie, die Nachbarschaft von Familien und die Dorfgemeinschaft könnten als Vorstufe des Staates betrachtet werden<sup>41</sup>, der Staat entstehe durch Vermehrung der vicinia domorum<sup>42</sup>, so daß

<sup>37</sup> Schon im Paradiese: Summa Theologica I qu. 96 art. 4.

<sup>38</sup> Summa Theologica II-II qu. 104 art. 1 und 2.

<sup>39</sup> Summa Theologica I qu. 94 art. 4. Damit distanziert sich Thomas von einer älteren christlichen Denktradition, welche Sündenfall und Entstehung der Staatsgewalt in Verbindung miteinander bringt, siehe *Wolfgang Stürner*, Peccatum und Potestas. Der Sündenfall und die Entstehung der herrscherlichen Gewalt im mittelalterlichen Staatsdenken (Sigmaringen 1987).

<sup>40</sup> Siehe auch *Aegidius Romanus*, De regimine principum libri III, lib. 3 pars 1 cap. 2 (civitas constituenda). *Johann von Paris* diskutiert die Frage, ob das Königtum älter sei als das Priestertum, siehe die Schrift: De regia potestate et papali, cap. 4. Der Text ist ediert von *Fritz Bleienstein*, Johannes Quidort von Paris, Über königliche und päpstliche Gewalt (Stuttgart 1969).

<sup>41</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 1.

<sup>42</sup> Deutlich im Kommentar zur Politik des Aristoteles, zit. nach der Ausgabe: S. Thomae Aquinatis In octo libros Politicorum Aristotelis expositio (Turin, Rom 1966) lib. 1, 1, lectio 1 (29): „Ideo autem hoc regimen a domibus et vicis processit ad civitates, quia diversi vici sunt sicut civitas dispersa in diversas partes; et ideo antiquitus habitabant homines dispersi per vi-

sich die Frage stellt, *wodurch* der Übergang der Nachbarschaft oder des Dorfes mit ihren begrenzten Zwecken zum Staat mit seiner umfassenden Finalität<sup>43</sup> stattfindet. Die Annahme eines Gesellschaftsvertrages lag um so näher, als diese Denkfürer aus der Antike bekannt war<sup>44</sup>. In der „Summa Theologica“ findet sich die Aussage, Gesetzgebung sei eine Sache entweder der Vielen oder eines Fürsten, der an ihrer Stelle handelt<sup>45</sup>. Jedoch hat Thomas den Gedanken einer Staatsgründung durch Vertrag der Bürger nicht explizit entwickelt. Der Gedanke lauert verborgen im System<sup>46</sup>. So wird im Kommentar zur Politik ausführlich der Unterschied zwischen der *civitas* und anderen „Zusammenschlüssen“ (*convenire, congregare*) behandelt. Der Thomas-Schüler Aegidius Romanus kennt drei Arten der Entstehung (*generatio!*) der *civitas*, *erstens* die Vermehrung der Häuser und Dörfer, *zweitens* die Einigung derer, die den Staat errichten, und *drittens* die Gewalt/Tyrannis. Der Gesellschaftsvertrag erscheint als eigenständige und natürliche Art der Staatsgründung, was die „Natürlichkeit“ betrifft indes im Range nach der erstgenannten<sup>47</sup>. Zur Lehre vom Gesellschaftsvertrag als einzigem legitimen Entstehungsgrund war nur ein kleiner Schritt<sup>48</sup>. Bei Thomas sind allerdings die Bedingungen, unter denen Staatlichkeit existent wird, letztlich nicht von einem historischen Gründungsakt abgeleitet, sondern von der Natur der Dinge: Die Staaten entstehen, weil sich der Mensch als „*animal civile*“ gar nicht anders verhalten kann.

Aus moderner Sicht interessiert besonders die Frage nach gesicherten Rechten oder Schutzpositionen des einzelnen gegenüber der Staatsgewalt. Dem ist die Lehre von den Staats- und Regierungsformen vorzuschalten. Es ist allerdings schwierig, den richtigen Ausdruck dafür zu finden. Bei der Übersetzung der Politik des Aristoteles übernimmt Thomas den Begriff „*politia*“ als Ordnung der Gewalten im Staat und insbesondere der höchsten Gewalt. Das, was wir heute Ver-

*cos, non tamen congregati in unam civitatem. Sic ergo patet, quod regimen regis super civitatem vel gentem processit a regimine antiquioris in domo vel vico.* Auch die „*communitas vici*“ begreift Thomas als Natureinrichtung.

<sup>43</sup> Die Unterscheidung ist ausführlich behandelt im Kommentar zur Politik, lib. 3, 1 lectio 7.

<sup>44</sup> Bei Aristoteles finden sich Andeutungen in Politik, lib. 3, 9, wo er von einem Zusammenstreuen der Menschen zum Zwecke der Bildung eines Staates spricht.

<sup>45</sup> *Summa Theologica* II-II qu. 57 art. 2 („... ex conducto publico, puta cum totus populus consentit quod aliquid habeatur quasi adaequatum et commensuratum alteri; vel cum hoc ordinat princeps, qui curam populi habet, et ejus personam gerit; et hoc dicitur jus positivum.“) Siehe auch *Ronald W. Carstens, The Medieval Antecedents of Constitutionalism* (American University Studies, Series IX Vol. 115, New York 1992) 37–48.

<sup>46</sup> Lib. 3, 1 lectio 7 (407–409). Volk und Fürst sind die möglichen Gesetzgeber bei *Aegidius Romanus, De regimine principum libri III*, lib. 3 pars 2 cap. 27.

<sup>47</sup> *Aegidius Romanus, De regimine principum libri III*, lib. 3 pars 1 cap. 6: „*Alius modus ex concordia constituentium civitatem vel regnum*“.

<sup>48</sup> Siehe z.B. die Vertragstheorie bei *Francisco Suarez*, dazu *Heinrich Rommen, Die Staatslehre des Franz Suarez* (Mönchengladbach 1926) 109. Zur Theoriegeschichte des Herrschafts- und des Gesellschaftsvertrages siehe die Darstellung und Nachweise bei *Otto von Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (Breslau 1880) 76–122; *John W. Gough, The Social Contract* (Greenwood 21978).

fassung nennen, wird nach dieser Anschauung durch die Herrschaftsstruktur gekennzeichnet, wie überhaupt das direktive Element, das Befehlen und Gehorchen, die Staatstätigkeit wesentlich ausmacht.

Auch in der Typologie der Staats- und Regierungsformen folgt Thomas seinem griechischen Vorbild: Drei „richtigen“ Staatsformen (Königtum, Aristokratie und Politie) stehen drei Entartungen gegenüber (Tyrannis, Oligarchie und Demokratie). Der Unterschied liegt in der Ausrichtung der Staatstätigkeit auf das gemeine Beste *oder* auf den Vorteil der Regierenden<sup>49</sup>. Thomas folgt Aristoteles auch in der Favorisierung einer gemischten Verfassung<sup>50</sup>, der Mischung der Elemente aus Monarchie, Aristokratie und Politie, für die er Vorbilder aus dem Alten Testament namhaft macht<sup>51</sup>. Das Königtum erscheint als die beste Regierungsform<sup>52</sup>, allerdings sofern sie nicht, was leicht geschieht, korrumpiert wird<sup>53</sup>. Als Gegenmittel empfiehlt der Aquinate die Einschränkung der königlichen Macht<sup>54</sup>, die durch Mischung der Strukturelemente erfolgen kann, etwa durch Verbindung der Monarchie mit einem Wahlrecht des Volkes.

Die schlimmste Korruption des Staates bildet nach scholastischer Doktrin die Tyrannis. Sie ist die schlechteste der Regierungsformen und kann nicht mehr auf die Natur gegründet werden<sup>55</sup>. Weil die Monarchie die effektivste Staatsform zur Herstellung des Gemeinwohls ist, muß auch ihre Entartung die *negativ* wirksamste, also verderblichste sein<sup>56</sup>. Die Tyrannis definiert sich nun nicht durch ihre Mittel, sondern durch das Ziel, nämlich den persönlichen Vorteil des Herrschers<sup>57</sup>.

Da die Tyrannis nach Thomas eindeutig nicht auf dem Naturrecht basiert, stellte sich die Frage nach dem Widerstandsrecht, welche die staatsphilosophische Literatur in der Folgezeit bis hin zu den Monarchomachen stark beschäftigen sollte. Thomas lehnt eine Befugnis zum Tyrannenmord ab, bejaht aber ein Widerstandsrecht bei grausamer Unterdrückung. Dann soll dies allerdings nicht in einer privaten Aktion geschehen, sondern der Aktion einer „auctoritas publica“, die Thomas wohl auf eine Vereinigung des Volkes stützt: Denn wenn es zum Recht eines Volkes gehört, den König zu bestimmen, so kann es ihn auch absetzen oder

<sup>49</sup> Aristoteles, Politik lib. 3 (Bekker 1279a), dazu der Kommentar zur Politik lib. 3, 1 lectio 5 (390).

<sup>50</sup> Aristoteles, Politik lib. 4 (Bekker 1294b), dazu der Kommentar zur Politik lib. 4, 1 lectio 8 (618–620); Summa Theologica I-II qu. 95 art. 4. Zum Leitbild der gemischten Verfassung im Mittelalter: James M. Blythe, *Ideal Government and the Mixed Constitution in the Middle Ages* (Princeton 1992).

<sup>51</sup> Summa theologica I-II qu. 105 art. 1.

<sup>52</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 3 (750–753).

<sup>53</sup> Summa Theologica I-II qu. 105 art. 1 ad 2. Man vergleiche damit die Begründungen zur Alleinherrschaft Gottes über die Welt; Summa Theologica I qu. 103 art. 3.

<sup>54</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 7 (767–772).

<sup>55</sup> Summa Theologica I-II qu. 95 art. 4: „... unde ex hoc non sumitur aliqua lex“.

<sup>56</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 4 (754–760).

<sup>57</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 4 (756).

seine Macht einschränken, wenn er diese tyrannisch mißbraucht<sup>58</sup>. In diesem Zusammenhang kommt der Herrschaftsvertrag ins Spiel, denn es wird hinzugefügt, man könne das Volk in einem solchen Fall nicht als treulos ansehen, auch wenn es sich vorher dem Herrscher für immer unterworfen habe; denn daß der Vertrag (*pactum*) von den Untertanen nicht gehalten werde, habe der Herrscher seiner eigenen Treulosigkeit zuzuschreiben<sup>59</sup>. Man kann aber nicht sagen, daß Thomas einen derartigen Widerstand geradezu herbeiruft: Er ist der Ansicht, man solle die Tyrannis, wenn sie zu keinem besonderen Übermaß ausartet, eine Zeit lang ertragen und – wenn menschliche Hilfe nicht möglich erscheint – sich an Gott wenden.

Welche Grenzen gibt es für staatliche Herrschaft und Gesetzgebung? Gibt es Grundrechte, die der Staat nicht antasten darf? Oder wird einer totalen Herrschaft das Wort geredet, solange sie nur nicht tyrannisch ist? Der Gedanke einer grenzenlosen Staatsgewalt liegt den mittelalterlichen Theologen fern, obwohl in den ständig wiederholten Thesen, der einzelne sei nur Teil des Ganzen<sup>60</sup> und Gerechtigkeit bedeute die Ausrichtung auf das *bonum commune*, totalitäre Potenzen stecken. Auf der anderen Seite wird betont, daß alle menschlichen Gesetze vom Naturrecht abgeleitet sein müssen<sup>61</sup> und nur gerechte Gesetze das Gewissen binden, ungerechte hingegen nur im Hinblick auf die Vermeidung von Skandal und Verwirrung<sup>62</sup>. Erst der Verstoß gegen das „*bonum divinum*“ darf überhaupt nicht befolgt werden, z. B.: wenn ein Tyrann den Götzendienst befehlen würde<sup>63</sup>.

Im übrigen aber werden die Grenzen weniger auf der Rechts- als auf der Tugendebene gezogen, ein nachhaltiger Effekt der Vermischung von Naturrecht und natürlicher Ethik. Nach Thomas von Aquin liegt die Begrenzung der staatlichen Herrschaft einmal in ihren Zielen selbst: Solange sie auf das gemeine Beste, die Tugend des Volkes ausgerichtet ist, wird sie keine Übergriffe begehen. Die Freiheit des einzelnen ergibt sich als Effekt der Pflichtbindung der Herrschenden, wobei die Ebene der Pflicht im Naturrecht angesiedelt ist, wo Sittlichkeit, Gerechtigkeit und Recht sich mischen. Nun bezieht sich das menschliche Gesetz nur auf diejenigen Tugendhandlungen, durch die der Mensch auf das gemeine Wohl hingeeordnet wird, nicht auf die anderen<sup>64</sup>, doch werden auf diese Weise Individualrechte gegen den Staat nicht gewonnen, zumal die Gehorsamspflicht des Untertanen durch eine theologische Würde der Herrschaft – als von Gott verliehen – gesteigert erscheint<sup>65</sup>.

Thomas bietet für die Begrenzung der Staatsgewalt freilich noch andere Ansätze. Auf die Frage: Muß man den Vorgesetzten in allem gehorchen<sup>66</sup>?, lautet die

<sup>58</sup> *De regimine principum* lib. 1 cap. 7 (770).

<sup>59</sup> *De regimine principum* lib. 1 cap. 7 (770).

<sup>60</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 96 art. 4.

<sup>61</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 95 art. 2.

<sup>62</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 96 art. 4.

<sup>63</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 96 art. 4.

<sup>64</sup> *Summa Theologica* I-II qu. 96 art. 3 (wozu aber die „*bona disciplina*“ gehört).

<sup>65</sup> Sofern sie nicht usurpiert ist, dazu *Otto Schilling*, *Die Staats- und Soziallehre* (wie Anm. 11) 110.

<sup>66</sup> Das Folgende in *Summa Theologica* II-II qu. 104 art. 5. Siehe auch I-II qu. 91 art. 4.

Antwort: nicht, wenn sie Vorschriften entgegenhandeln, die eine höhere Macht gegeben hat. Man darf also dem Kaiser nicht gehorchen, wenn er etwas gegen Gottes Anordnung befiehlt. Ferner braucht der Mensch dem Menschen nicht in demjenigen zu gehorchen, was zur *inneren Willensbewegung* gehört (quae pertinent ad interiorem motum voluntatis), denn das ist Gottes, sondern nur in den äußeren Handlungen (in his quae exterius per corpus sunt agenda). Interessanterweise macht Thomas auch bei den äußeren Handlungen eine Einschränkung: In dem, was zur Natur des Körpers gehört (quae ad naturam corporis pertinent), seiner Erhaltung oder der Fortpflanzung, braucht der Mensch dem Menschen nicht zu gehorchen, weil in der Natur alle Menschen gleich sind. Und so braucht weder der Sklave noch der Sohn dem Heiratsbefehl oder dem Keuschheitsbefehl des Herrn oder Vaters zu folgen. Wie soll man diese Stelle deuten? Es soll offenbar einen Naturbereich, zu dem die Sexualität zählt, geben, welcher der staatlichen Herrschaft nicht unterliegt, so wie es kraft Naturrechts nicht erlaubt ist, ein Kind, das noch nicht zum vollen Vernunftgebrauch gelangt ist, ohne Zustimmung seines Vaters zu taufen<sup>67</sup>. Nun hat die Taufe endgültig nichts mehr mit Körperlichkeit zu tun, und man könnte es wagen, hier Ansätze zu einer Theorie des Persönlichkeitsrechts zu sehen, wenn die Gedanken allgemeiner und deutlicher formuliert wären. Aus solchen Textstellen den Doctor Angelicus zum Wahrer der natürlichen Rechte des Menschen hochzustilisieren, wie das in der Literatur geschehen ist<sup>68</sup>, geht allerdings in die Irre. Die Staatsgewalt wählt die Mittel, mit denen sie das Gemeinwohl verwirklicht, und wird dabei effektiv nicht durch Freiheitsrechte der Individuen begrenzt, sondern durch eine höhere Ordnung, nämlich die Vorschriften Gottes selbst. Die Staatsgewalt steht, grob gesagt, unter Gottesvorbehalt.

### 3. Das scholastische Problem: Regnum und Sacerdotium als Anwärter auf die Staatlichkeit

Dieser Zusammenhang bringt eine andere Macht ins Spiel, die Kirche. Die aristotelische Lehre vom Staat als der vollkommenen, sich selbst genügenden Gemeinschaft, welche die Menschen in den Stand setzt, tugendhaft und glücklich zu leben, traf im Mittelalter auf die bekannte Duplizität der Gewalten und auf eine Glückseligkeitsvorstellung, die weit über das hinausgeht, was in der aristotelischen Polis durch Tugend erreichbar ist.

Die Leistung der Scholastik besteht hier wie auf anderen Feldern in der Übertragung der aristotelischen Lehre auf die mittelalterlichen Verhältnisse. Wenn die Konsequenz der Unterordnung der jeweiligen Priesterschaft unter die weltliche civitas vermieden werden sollte, *mußte die Kirche selbst Staat sein*.

<sup>67</sup> Summa Theologica II-II qu. 10 art. 12. Wenn der Vernunftgebrauch erlangt ist, entscheidet der zu Taufende selbst.

<sup>68</sup> Otto Schilling, Die Staats- und Soziallehre (wie Anm. 11) 100.

Es könnte mit dem irdischen Staat sein Bewenden haben, wenn, nach der Tugend zu leben, das letzte Endziel des Menschen wäre – das wahre Endziel ist es jedoch nach mittelalterlicher Theologie, durch das tugendhafte Leben in die Anschauung Gottes zu gelangen<sup>69</sup>. Dazu bedarf es einer von Gott verliehen Kraft, über die nicht der weltliche Herrscher verfügt, sondern Christus, und für die, damit das Geistliche vom Irdischen geschieden sei<sup>70</sup>, ein anderes Königtum eingesetzt ist, nämlich das der Priester, an deren Spitze der Stellvertreter Jesu, der Papst, steht<sup>71</sup>. Und weil das Ziel der Gewinnung der ewigen Seligkeit das höchste ist, müssen die Könige der christlichen Völker dem Papst untergeben sein wie Christus dem Herrn<sup>72</sup> oder wie der Leib der Seele<sup>73</sup>.

Wie diese Unterordnung zu verstehen ist, sei hier nicht näher verfolgt. Die Unterordnung betrifft jedenfalls auch das äußere Verhalten, soweit es einen Bezug zum ewigen Heil des Menschen hat<sup>74</sup>. Insoweit trifft die kirchliche wie die staatliche Gewalt auf dasselbe äußere Handeln des Menschen. Das war nicht so gedacht, daß der Staat die Menschen zum *irdischen* Guten, die Kirche aber zum *ewigen* Heil führen solle. Auch die weltlichen Herrscher sind Vollstrecker des göttlichen Willens<sup>75</sup> und haben für das *bene vivere* des Volkes auch in Bezug auf das zu sorgen, was für das Erreichen der himmlischen Seligkeit Bedeutung hat<sup>76</sup>. Aber die zentrale Kompetenz in Bezug auf das Heilsgeschehen kommt der Kirche zu, der insoweit auch eine Leitungskompetenz gegenüber dem Staat obliegt<sup>77</sup>. Deshalb kann der Papst die Untertanen vom Treueid gegenüber dem König entbinden, deshalb verliert der apostatische König *ipso iure* seine Herrschaft<sup>78</sup>, und deshalb auch ist es Pflicht des Staates, der Kirche mit dem *brachium saeculare* zur Seite zu stehen, wenn die geistlichen Waffen nicht ausreichen<sup>79</sup>.

Für unser Thema ist die Übertragung des Staatsgedankens und der Zielbestimmung des Staates auf die Kirche entscheidend. Dem *bonum politicum*, das der Staat zu verwirklichen hat, steht das Pendant des *bonum ecclesiae* gegenüber<sup>80</sup>,

<sup>69</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 15 (817). Interessant ist, daß Thomas das Endziel des einzelnen auch in dieser Hinsicht mit dem der menschlichen Gesellschaft verbunden erscheint: „Sed quia homo vivendo secundum virtutem ad ulteriorem finem ordinatur, qui consistit in fruitione divina, ut iam supra diximus, oportet eundem finem esse multitudinis humanae qui est hominis unius.“

<sup>70</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 15 (817): „... ut a terrenis essent spiritualia distincta ...“.

<sup>71</sup> Zusammenfassung des Gedankengangs: De regimine principum lib. 1 cap. 14.

<sup>72</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 14.

<sup>73</sup> Summa Theologica II-II qu. 60 art. 6 ad 3.

<sup>74</sup> Siehe den Artikel über die Frage, ob die Frömmigkeit (religio) sich auch in äußerem Verhalten äußert, Summa Theologica II-II qu. 81 art. 7

<sup>75</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 12 (804).

<sup>76</sup> De regimine principum lib. 1 cap. 16 (823, 824).

<sup>77</sup> Vgl. De regimine principum lib. 1 cap. 15 „Sed in nova lege est sacerdotium altius, per quod homines traducuntur ad bona coelestia: unde in lege Christi reges debent sacerdotibus esse subjecti.“

<sup>78</sup> Summa Theologica II-II qu. 12 art. 2

<sup>79</sup> Summa Theologica II-II qu. 39 art. 4 ad 3.

<sup>80</sup> Summa contra gentiles lib. 4 cap. 78 (4120).

und alles in sich enthaltend steht darüber das bonum universale, das schlechthin Gute, Gott selbst. Thomas etabliert über dem Staat des griechischen Philosophen einen zweiten, der dem ersten das Selbstgenügen nimmt.

#### 4. Entwicklungen des scholastischen Denkens

Dem thomistischen Denken war über Jahrhunderte hinweg ein gewaltiger Erfolg beschieden, wengleich das rationalistische Konzept alsbald und nachhaltig bekämpft wurde. Auf die Veränderungen der natürlichen Staatslehre durch Nominalismus und Voluntarismus kann ich in der beschränkten Zeit nicht näher eingehen. Das voluntaristische Denken mußte sich um so mehr auf das Staatsverständnis auswirken, je weiter die Vorstellung von der Freiheit des Willens Gottes auf sein Geschöpf und Ebenbild, den Menschen, übertragen wurde. Wenn Gott *nicht* als die absolute Vernunft gedacht wird, die nur das Vernünftige wollen kann, wenn vielmehr das Vernünftige in der Verfügung einer absolut freien Gottheit steht, dann kann auch dem Menschen die Gestaltung seiner irdischen Sozialität in freier Autonomie überlassen sein<sup>81</sup>. Diese ist dann allerdings an *positive* Willensakte Gottes gebunden, oder allenfalls an die Natur der aufgrund einer freien Entscheidung der Gottheit *so und nicht anders geschaffenen Welt*. Diese Welt ist dann nicht an sich vernünftig, sondern trägt allein als *gewollte Welt Gottes* verbindliche Strukturen. Die Offenbarung kann demzufolge das durch rationale Operationen gewonnene Naturrecht als Richtschnur verdrängen<sup>82</sup>.

Die Konsequenzen solchen Denkens sind im einzelnen offen. Man kann das bei *Marsilius von Padua* beobachten, bei dem sich nach meiner Einschätzung aristotelische und voluntaristische Ansätze mischen<sup>83</sup>: Elemente einer auf einen Wil-

<sup>81</sup> Ansätze dazu bei Johannes Duns Scotus, siehe *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (Göttingen <sup>4</sup>1962) 79.

<sup>82</sup> Zu den Ansätzen bei Wilhelm von Ockham: *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit 87. Auf die politische Theorie Ockhams kann hier nicht näher eingegangen werden, siehe: *Richard Scholz*, Wilhelm von Ockham als politischer Denker und sein Breviloquium de principatu tyrannico (Schriften der Monumenta Germaniae Historica 8, Leipzig 1944); *Jürgen Miethke*, Ockhams Weg zur Sozialphilosophie (Berlin 1969); *Jürgen Miethke*, Politische Theorien im Mittelalter, in: *Hans J. Lieber* (Hrsg.), Politische Theorien von der Antike bis zur Gegenwart (München 1991) 116–121 mit weiteren Nachweisen; *Arthur Stephen McGrade*, The Political Thought of William of Ockham. Personal and Institutional Principles (Cambridge 1974) 78–172. Bibliographie bei: *Jürgen Miethke* (Hrsg.), Wilhelm von Ockham, Dialogus. Auszüge zur politischen Theorie (Darmstadt <sup>2</sup>1994) 253–260.

<sup>83</sup> Nach *Michael Löffelberger*, Marsilius von Padua. Das Verhältnis zwischen Kirche und Staat im „defensor pacis“ (Berlin 1994) 113–120, steht Marsilius auf dem Boden des Voluntarismus, wofür zahlreiche Belege sprechen. Doch ist zu sehen, daß Marsilius die Staatslehre des Aristoteles samt seiner naturrechtlichen Begründung übernimmt, siehe nur Defensor Pacis, pars 1 cap. 4 und passim. Der Willensakt resultiert aus Naturtrieb und „Notwendigkeit“, vgl. Sätze wie diesen: „Que (scil. artes) quoniam exerceri non possunt nisi a multa hominum pluralitate, nec haberi, nisi per ipsorum invicem comunicacionem, oportuit (!) homines simul congregari ad commodum ex hiis assequendum et incommodum fugiendum“, Defen-

lensakt der universitas civium gegründeten, nur noch durch Vorschriften des göttlichen Rechts begrenzten<sup>84</sup> staatlichen Macht<sup>85</sup> stehen freiheitlichen Komponenten gegenüber, etwa der Bindung der Herrschaft (pars principans) an die Gesetze<sup>86</sup> und der Vorstellung, daß das Gesetz des Evangeliums nur freiwillig erfüllt werden kann<sup>87</sup> (was wiederum nicht die Befugnis der weltlichen Herrscher ausschließen sollte, Ketzer mit weltlichen Strafen zu belegen<sup>88</sup>). Bei den Autoren, die im Konflikt von Papst und weltlichen Herrschern auf Seite der letzteren standen, ergibt sich üblicherweise der Effekt eines Zuwachses staatlicher Macht durch Einschränkung der kirchlichen. Für eine solche Tendenz ist der voluntaristische Ansatz aber nicht Bedingung, auch auf dem Boden des Aristoteles konnte die Kirche durch Leugnung ihres Staatscharakters entmachtet werden.

Seit dem 13. Jahrhundert bis zum Zeitalter der Aufklärung und darüber hinaus entfalteten sich die philosophisch-theologischen Systeme in Spanien, Portugal, Italien, begrenzt auch in Deutschland, überwiegend auf thomistischer Grundlage,

sor pacis, pars 1 cap. 4 § 3, hier und im folgenden zitiert nach: *Marsilius von Padua*, Der Verteidiger des Friedens (Defensor Pacis). Auf Grund der Übersetzung von *Walter Kunzmann* bearbeitet und eingeleitet von *Horst Kusch* (Darmstadt 1958). Auch bei der weiteren Schilderung der Staatsgründung ist fortlaufend von der Notwendigkeit für die Menschen, in einer bestimmten Weise zu handeln, die Rede („necesse fuit“ etc.). Zur politischen Theorie des Marsilius: *Felice Battaglia*, Marsilio da Padova e la filosofia politica del Medio Evo (Firenze 1928, Nachdruck Bologna 1987); *Marino Damiani*, Plenitudo postestatis e universitas civium in Marsilio da Padova (Firenze 1983); *Alan Gewirth*, Marsilius of Padua, The defender of peace, Vol. 1: Marsilius of Padua and Medieval Political Philosophy (New York 1951); *Georges de Lagarde*, Marsile de Padoue, ou le premier theoricien de l'Etat laïque, in: *La naissance de l'Esprit laïque au déclin du moyen âge*, Nouvelle ed., Vol. 3 (Louvain 1970); *Jürgen Miethke*, De potestate papae: die päpstliche Amtskompetenz im Widerstreit der politischen Theorie von Thomas von Aquin bis Wilhelm von Ockham (Tübingen 2000) 204–247; *Jeanne Quillet*, La philosophie politique de Marsile de Padoue (Paris 1970); *Alessandro Passerin d'Entreves*, The medieval contribution to political thought: Thomas Aquinas, Marsilius of Padua, Richard Hooker (Oxford 1939, Nachdruck New York 1959); *Ludwig Schmugge*, Johannes von Jandun 1285/89–1328 (Pariser Historische Studien 5, Stuttgart 1966); *Leopold Stieglitz*, Die Staatstheorie des Marsilius von Padua: ein Beitrag zur Kenntnis der Staatslehre im Mittelalter (Leipzig 1914, Nachdruck Hildesheim 1971). Weitere ältere Lit. bei *Dieter Schwab*, Art. „Marsilius von Padua“, in: *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, Bd. 3 (Berlin 1984) Sp. 356–359.

<sup>84</sup> Defensor pacis, pars 2 cap. 5 § 5: Gehorsamspflicht „in his omnibus, que non contradicunt legi salutis eterne ...“.

<sup>85</sup> Marsilius operiert mit einem doppelten Gesetzesbegriff: Dem „Gesetz“ als Wissen oder Lehre vom Gerechten und Ungerechten bzw. Nützlichen und Schädlichen steht das „Gesetz“ als der von einem Gesetzgeber gegebene zwingende Rechtssatz gegenüber. Diese letztere Bedeutung ist die für das staatliche Leben Entscheidende, auch falsche Erkenntnisse vom Gerechten und Nützlichen können im letzteren Sinne Gesetz werden, Defensor pacis, pars 1 cap. 10 §§ 4, 5. Das Wissen vom Gerechten (also Gesetz im ersteren Sinne) kann jedem einzelnen gelingen, wirkliches Gesetz wird das Gerechte aber erst durch den Akt der Gesetzgebung.

<sup>86</sup> Defensor pacis, pars 1 cap. 11 §§ 4, 5; pars. 1 cap. 18.

<sup>87</sup> Defensor pacis, pars 2 cap. 9 §§ 1 und 6.

<sup>88</sup> Defensor pacis, pars 2 cap. 10.

zum Teil mit nominalistischen Einschlügen<sup>89</sup>. Den Ausbau der Naturrechts- und Staatslehre in dieser sogenannten Spätscholastik zu verfolgen, würde die Möglichkeiten eines kurzen Vortrags bei weitem übersteigen<sup>90</sup>. Die Grundfrage, ob die Welt an und für sich vernünftig und als solche erkennbar ist oder zur Disposition des benennenden und strukturierenden Willens steht, gab das mittelalterliche Naturrecht ungelöst an die folgenden Zeiten weiter, in denen dann auch die Juristen anfangen, sich als naturrechtliche Systembildner zu betätigen.

## 5. Zur Bedeutung der scholastischen Naturrechtslehre

Die Bedeutung der naturrechtlichen Lehren, welche die Scholastiker vom Staat entwickelten, ist in toto kaum ermessbar: Theorie dient der Selbstorientierung des Menschen in seiner Zeit und Welt, zugleich wird sie für den geistig-politischen Kampf als Waffe nutzbar gemacht, und schließlich hat sie durch ihre Tradierung in spätere Zeiten unabsehbare Folgewirkungen. Die Bezüge im einzelnen können nur im Rahmen konkreter Forschungsprojekte diskutiert und überprüft werden. Die folgenden Bemerkungen verstehen sich als vage Andeutungen, die aus der Vogelperspektive rückschauend gewonnen sind.

1) Durch die Übernahme der aristotelischen Politik in das Denken des Mittelalters stand ein zusätzliches geistiges Waffenarsenal für die politischen Kämpfe bereit, namentlich für die Auseinandersetzungen zwischen Kirche und Staat. Die Grundforderungen der Papstkirche waren *einmal* Freiheit der Kirche von weltlicher Herrschaft – von der freien Bischofswahl bis zur Steuerfreiheit des Klerus –, *zum andern* die Unterordnung des Staates unter die Zielsetzungen der Kirche und deren Anspruch auf den bereitwilligen Dienst des *brachium saeculare*. Für beides waren zwei geistige Bewegungen gefährlich: die Wiederbelebung des *römischen Rechts* mit seinem Staatsrecht aus der spätrömischen Kaiserzeit und die Übernahme der antiken *Lehre von der Polis* als der vollkommenen, auf diesseitige Tugend gegründeten und diesseitiges Glück verheißenden Organisation. Und so, wie das römische Recht schon im Investiturstreit und von den Staufern als Waffe gegen kirchliche Ansprüche benutzt wurde, so konnte den päpstlichen Vorstellungen von kirchlicher Oberhoheit auch die Staatsphilosophie des Aristoteles gegenübertreten.

Die Tat der Scholastik bestand nun darin, die „heidnische Philosophie“ trotz ihrer evidenten Risiken für das kirchliche Herrschaftssystem aufzunehmen und, fasziniert vom griechischen Rationalismus, den kühnen Versuch zu wagen, das mittelalterliche System der *beiden* Gewalten, der *beiden* corpora, des *doppelten*

<sup>89</sup> Siehe dazu *Hans Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit 91; *Dieter Schwab*, Ehe und Familie nach den Lehren der Spätscholastik, in: *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Florenz 1973) 73, 84.

<sup>90</sup> Vgl. auch *Kurt Seelmann*, Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik (Baden-Baden 1997).

Glücks, der Duplizität von Natur und Gnade in die Staats- und Tugendlehre des Aristoteles zu integrieren. Es konnte nicht ausbleiben, daß die zunächst gebannt scheinende Gefährlichkeit der Polis-Lehre virulent wurde, sobald die Gegenspieler kirchlicher Herrschaftsansprüche geistigen Sukkurs brauchten und fanden. Marsilius von Padua und Wilhelm von Ockham brauchten nur den Kirchenbegriff zu vergeistigen<sup>91</sup>, kirchliche Kompetenzen auf das *forum internum* zu begrenzen und die Kirche funktional auf das Ziel des ewigen Glücks in einer anderen Welt festzulegen, um den Staat in seine volle aristotelische Funktion als *societas perfecta* wieder einzusetzen – auch mit der Folge, daß die Kirche in ihrer diesseitigen Gestalt als Teil des Staates erscheinen konnte, ihm untertan wie jeder Teil dem Ganzen. In der philosophischen Gedankenwelt der mittelalterlichen Scholastik spielte sich schon lange vor den realgeschichtlichen Ereignissen das Drama der Zertrümmerung der Universalkirche durch Staatskirchentum und Reformation ab.

2) Das scholastische Naturrecht vermittelt kraft seiner Anknüpfung an die Polis-Lehre die Vorstellung von einer rechtlich verfaßten, wohlgeordneten irdischen Sozietät als Mittel und Mitte des tugendhaften, glücklichen und auch mit irdischen Gütern gesegneten Lebens. Wo die transzendente Sinnbestimmung des Staates zurücktritt, bleibt die sich selbst genügende, das Glück ihrer Bürger vermittelnde *civitas* übrig; die Kirche kann bei den auf staatlicher Seite stehenden Theoretikern im wörtlichen Sinne unsichtbar werden. Die Fresken von Ambrogio Lorenzetti im Palazzo Pubblico von Siena bringen das unmittelbar zur Anschauung: Das Staatswesen, geleitet von den Tugenden, unter denen *giustizia* und *pace* eine herausragende Rolle spielen, bringt alles zum Blühen. Die Religion ist wohl vorhanden: Die Figur des sienesischen Gemeinwesens trägt ein Bildnis der Mutter Gottes, darüber schweben in Engelsgestalt Glaube, Liebe und Hoffnung, die Silhouette der gut regierten Stadt zeigt auch Kirchenbauten, aber von *der Kirche* als einer für die Gestalt des Gemeinwesens wichtigen Institution, von den Priestern als Funktionären der *res publica*, ist nichts zu sehen<sup>92</sup>. Die Scholastik hat, obwohl ihre Hauptvertreter das Gegenteil anstrebten, eine zentrale Bedeutung für den Prozeß der Säkularisierung, wie auch an den familienrechtlichen Doktrinen näher dargestellt werden kann<sup>93</sup>.

Andererseits kann die naturrechtliche Begründung des Staates die weltliche Herrschaft insofern schwächen, als sie die theokratische Fundierung verblässen läßt. Trotz der Fortführung der *Dei-Gratia*-Formel und der damit verbundenen Vorstellungen wird durch die Theorie von der *civitas* letztlich der Verweltlichung

<sup>91</sup> *Marsilius von Padua*, *Defensor Pacis*, pars 1 cap. 19 und pars 2.

<sup>92</sup> Inwiefern der grandiose Freskenzyklus als Darstellung der aristotelisch-thomistischen *Civitas* gedeutet werden kann oder eher von Marsilius beeinflusst ist, wird sehr kontrovers diskutiert, siehe zuletzt *Franz Dorn*, *Gerechtigkeit, Kommune und Frieden in Ambrogio Lorenzettis Fresken in der Sala della Pace des Palazzo Pubblico von Siena*, in: *Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag* (Heidelberg 2001) 127–177, insbesondere 152–159.

<sup>93</sup> Dazu *Dieter Schwab*, *Ehe und Familie nach den Lehren der Spätscholastik*, in: *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Firenze 1973) 73, 102–108.

der Königs- und Fürstenherrschaft vorgearbeitet; insofern bedeutet sie Stärkung und Schwächung zugleich.

3) Die Theorie von *civitas* relativiert die Universalmächte Kirche und Reich, Papsttum und Kaisertum. Sie ist eine Lehre vom je einzelnen politischen Gebilde, das ebenso in einer Stadt wie in einem beliebigen Königtum oder einer Territorialherrschaft angetroffen werden kann. Da jede einzelne *civitas* durch das geschilderte Selbstgenügen gekennzeichnet ist, wird es schwer, eine besondere Rolle des römischen Reiches zu erklären. Das erscheint bedeutsam in einer Zeit, in welcher – forciert durch päpstliche Propaganda seit dem Investiturstreit – die theologische Fundierung des „heiligen“ Reiches an Überzeugungskraft verliert. Das Reich sperrt sich in seiner spätmittelalterlichen und neuzeitlichen Struktur auch gegen eine Einordnung in die Polislehre.

4) Der Rang und der sittliche Anspruch der Polis bringen die Kirche als Herrschaftsorganisation in die Defensive. Wenn sich die Kirche als Herrschaftsmacht behaupten will, muß sie sich daher selbst als Staat – als *civitas*, als *societas perfecta* – darstellen, nicht Staat im Staate (da wäre sie, wie auch die weitere Geschichte zeigt, verloren), sondern als Staat über den Staaten. Darauf läuft die Theorie des Thomas von Aquin und seiner Schule<sup>94</sup> hinaus, die der Kirche, wegen ihrer höheren Ziele, auch den höheren Rang sichern wollen. Grundlage der Vorstellung von der Kirche als Staat ist Augustinus, dessen Lehre von den beiden *civitates* ganz unterschiedlich genutzt werden kann, aber eben auch im thomistischen Sinne. Es wäre reizvoll dem Gedanken nachzugehen, welche Folgerungen sich aus der *Verstaatlichung des Kirchenbegriffs* für das Christentum selbst ergeben, doch dafür ist nicht Zeit und Ort. Auffällig erscheint, wie zum Beispiel die Väter des Konzils von Trient, Scholastiker von Fleisch und Blut, mit der Staatsnatur der Kirche argumentierten, als es darum ging, entgegen der theologischen Tradition die Mitwirkung von Priester und Zeugen bei der Eheschließung zur Wirksamkeitsbedingung der Ehe zu erklären: Eine *res publica* kann alles anordnen, was zum Erreichen des Gemeinwohls notwendig ist, also auch die Kirche, denn auch sie ist *res publica*<sup>95</sup>.

5) Mit der Lehre von der Polis wurden Anschauungen tradiert und entwickelt, die in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu den realen politischen Verhältnissen des Mittelalters standen. Die Sozialgeschichte lehrt uns, daß wir vom Staat des Mittelalters nicht sprechen sollten, ohne einem historischen Übersetzungsproblem Rechnung zu tragen, und in der Tat könnte es zu grotesken Mißverständnissen kommen, wenn wir die Strukturen des Feudalismus mit ihren vielfältig auf-

<sup>94</sup> Eine eigentümliche Stellung nimmt *Aegidius Romanus* ein, der in seinem Fürstenspiegel eine ganz auf den Staat (*civitas* und *regnum*) zugespitze politische Theorie entwickelt, in der aus anderem Anlaß entstandenen Schrift „*De ecclesiastica potestate*“ sich aber auf die Seite der päpstlichen Herrschaftsansprüche schlägt, siehe *Richard Scholz*, *Aegidius. De ecclesiastica potestate* (1929, Reprint Aalen 1961).

<sup>95</sup> Argumentationen dieser Art finden sich in den Konzilakten häufig, siehe: *Concilium Tridentinum*, *Diariorum, actorum, epistolarum, tractatum nova collectio* (Freiburg i. Br. 1900 ff.) Bd. 9, 404, 650, 665 und öfter.

gespaltenen, mit wirtschaftlicher Nutzbarkeit verknüpften und dem Erbbesitz von Adelsdynastien zugewiesenen Herrschaftsfunktionen mit Hilfe des Staatsbegriffs darzustellen versuchten. Aber gerade angesichts der Herrschaftswirklichkeit ist es von höchster Bedeutung, daß zur gleichen Zeit der Staatsbegriff präsent ist und mit der Welt der Lehenspyramiden kontrastiert werden kann. Das Vorhandene verliert seine Selbstverständlichkeit, wenn eine andere Vorstellung vom Politischen möglich wird, zumal wenn diese Vorstellung in der Stadt als der Vorboten des Flächenstaates einen realistischen Anknüpfungspunkt findet.

6) Daß die Staatsphilosophie der Scholastik via Spätscholastik die neuzeitliche Theoriebildung „beeinflusst“ hat, wird wohl nicht bestritten. Das heißt selbstverständlich nicht, daß in der Scholastik schon das gesamte Naturrecht der Aufklärung vorweggenommen wäre. Für die weitere Entwicklung scheinen mir vor allem folgende Leistungen der Scholastik bedeutsam: *erstens* das Wagnis, die Welt rational zu erklären und als eine Ordnung vorzustellen, die durch ein System von vernünftigen Gesetzen die Bewegungen steuert; *zweitens* die Idee des auf die Natur des Menschen gegründeten und zu seinem Glück notwendigen Staates; *drittens* die Zulieferung von (meist der antiken Philosophie entnommenen) Bausteinen, derer sich spätere Naturrechte bedienen konnten, zum Beispiel:

- der Vorstellung, daß Staaten einen Beginn und Ursprung haben, daß dieser Ursprung *jenseits der biblischen Schöpfungsgeschichte* eine Vereinbarung unter den beteiligten Menschen sein könnte oder daß die Herrschaft einen Unterwerfungsvertrag der Beherrschten mit dem Machthaber voraussetze, einschließlich erster Ansätze zur Lehre von der Volkssouveränität;
- der Lehre von den unterschiedlichen Staatsformen und ihrer Charakterisierung und Einteilung nach unterschiedlicher Legitimität;
- der Lehre vom Sinn, den Zweckzielen und den Mitteln der Staatsgewalt;
- der Lehre von Gesetz und Gesetzgeber, die auch das Problem der Bindung des Staates an vorgegebenes Recht und das Problem der Gesetzesbindung der Herrschenden thematisiert;
- und schließlich gewisser Ansätze zu Rechten, die dem Menschen auch gegenüber der Staatsmacht zustehen.

Im allgemeinen rechtshistorischen Bewußtsein hat der Anteil der Scholastik an der Entwicklung des Rechts- und Staatsgedankens noch nicht den ihr angemessenen Platz gefunden. Dies liegt unter anderem an dem wissenschaftlichen Schubladensystem, das die scholastische Rechtsphilosophie als Theologie signiert, weil sie eben (mit Ausnahmen) von Theologen betrieben worden ist. Wer die Quellen benutzen will, muß denn auch wirklich in die theologischen Bibliotheken gehen. Die intensivere Beschäftigung der Rechtswissenschaft mit diesen Quellen<sup>96</sup>, insbesondere den Scholastikern des Spätmittelalters und des 16. Jahrhunderts, könnte manche Überraschung bringen.

<sup>96</sup> Siehe neuestens *Karl-Heinz Ziegler*, Völkerrechtliche Aspekte der Eroberung Lateinamerikas, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 23 (2001) 1–29.

*Jan Schröder*

## Politische Aspekte des Naturrechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts:

Die Begründung des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols

### Einführung

In der modernen rechtshistorischen Literatur ist die folgende Ansicht über das rationale Naturrecht verbreitet: Das sogenannte „Vernunftrecht“ seit der Mitte des 17. Jahrhunderts soll eine verweltlichte Sozialethik darstellen, eine Art universalrechtliches Minimum in dem unentscheidbar gewordenen Religionskonflikt. „Die Besonderheit des neueren Vernunftrechts“, so liest man etwa bei Franz Wieacker<sup>1</sup>, „ist ... seine methodische Emanzipation von der Moraltheologie und seine Erhebung zu einer selbständigen profanen Sozialethik. Die Voraussetzung dieser Emanzipation“, schreibt Wieacker, „war freilich die durch die große Glaubensspaltung erzwungene Entkonfessionalisierung eines Naturrechts, das in den Glaubens-, Verfassungs- und Kolonisationskriegen der Epoche die gemeinsame Sprache einer auch mit geistigen Waffen geführten Auseinandersetzung bleiben mußte.“ Das Naturrecht war danach also eine Art Religionsersatz, eine universale, überpositive Wertordnung. Das klingt auf den ersten Blick plausibel, aber es drängen sich doch bald verschiedene Einwände auf: Das Naturrecht soll die gemeinsame Basis für Katholiken und Protestanten gewesen sein – aber überraschenderweise stammen die maßgeblichen Lehrwerke fast durchweg von Protestanten und nicht von Katholiken. Das Naturrecht soll eine verbindliche überpositive Rechtsgrundlage gewesen sein – aber in keiner frühneuzeitlichen Epoche findet man eine solche Fülle positiver Gesetzgebung wie in der des Vernunftrechts. Das Naturrecht war übernational – aber es mündet kaum mehr als 100 Jahre nach Hobbes und Pufendorf in eine Nationalisierung der Rechtsordnungen, wie sie bis dahin auf dem europäischen Kontinent unbekannt war.

Wenn einem solche Zweifel einmal gekommen sind, dann lassen sie sich nicht mehr so ohne weiteres unterdrücken. Ich meine in der Tat, daß das Vernunftrecht

<sup>1</sup> Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (Göttingen 21967) 266f. Vgl. auch (jedoch stärker differenzierend) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. I (München 1988) 269f.

Wesenszüge trägt, die mit der Etablierung einer „profanen Sozialethik“ überhaupt nichts zu tun haben, ja ihr geradezu entgegenwirken. Ebenso viel oder vielleicht sogar mehr als zur Begründung einer universellen Ethik und eines *überpositiven* Rechts hat das Naturrecht (jedenfalls in der Staatslehre) m. E. zur Rechtfertigung des *positiven* Rechts beigetragen. Es begründet, wie ich es nennen möchte, ein staatliches Rechtserzeugungsmonopol. Diese positivistische und legalistische Tendenz wird zwar in der modernen Literatur hier und da erkannt<sup>2</sup>. Aber die rechtstheoretischen und die verfassungsgeschichtlichen Dimensionen dieses Phänomens werden nach wie vor unterschätzt. Man muß sehen, daß die überpositive naturrechtliche Staatslehre das positive Recht aufwertet und damit paradoxerweise eine der Wurzeln des modernen Rechtspositivismus ist (das ist die rechtstheoretische Dimension). Und indem sie als positives Recht nur das staatliche Gesetz anerkennt, bahnt sie den Weg in den modernen Gesetzgebungsstaat (das ist die verfassungsgeschichtliche Dimension).

Um diese Behauptungen zu beweisen, möchte ich zunächst den naturrechtlichen Gedankengang skizzieren, der zur Begründung des staatlichen, positiven Gesetzes führt (I). Ich versuche dann zu zeigen, wie sich im Laufe des späten 17. und des 18. Jahrhunderts das staatliche Gesetz gegenüber anderen Formen der positiven Rechtserzeugung (Statutenrecht, Gewohnheitsrecht) und schließlich sogar gegenüber dem Naturrecht selbst durchsetzt, und zwar eben gerade auf der Grundlage der naturrechtlichen Theorie (II). Ich beschränke mich dabei auf die Entwicklung in Deutschland und – was die naturrechtliche Staatslehre angeht – auf die insofern wohl einflußreichsten Theoretiker des mittleren und späten 17. Jahrhunderts, nämlich Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Christian Thomasius und Justus Henning Böhmer.

## I. Die Begründung des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols in der naturrechtlichen Staatslehre

Zum Rechtserzeugungsmonopol des Staates führt folgender Gedankengang: Im vorstaatlichen Zustand ist kein Mensch vor den bösen Neigungen des anderen sicher<sup>3</sup>. Die Existenz des Naturrechts reicht nicht aus, da – wie Hobbes sagt – „die

<sup>2</sup> S. bereits *Sten Gagnér*, Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung (Stockholm u.a. 1960), der von einem „Gesetzespositivismus“ (72, 76) Christian Wolffs spricht. Vgl. auch die Beobachtungen *Dietmar Willoweits* zum Beginn eines positivistischen Denkens im 17. Jahrhundert (Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts. Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert, in: *ders.* [Hrsg.], Die Begründung des Rechts als historisches Problem [München 2000] 229–245) und *J. Schröder*, Naturrecht (wie Anm. 61) 433.

<sup>3</sup> *Thomas Hobbes*, *De cive* (1642), Vorwort an den Leser 69f.; cap. 1, § 12, 83f. (ich zitiere die Übersetzung und Seitenzahlen der deutschen Ausgabe: Vom Menschen. Vom Bürger, eingeleit. und hrsg. von *Günter Gawlick* [Hamburg 1994]).

bloße Erkenntnis der natürlichen Gesetze doch nicht jedem sofort die Sicherheit ihrer Befolgung gibt“<sup>4</sup>. Deshalb müssen sich die Menschen in einer Einrichtung vereinigen, die Schutz vor dem bösen Willen der einzelnen gewährt. In dieser Einrichtung muß *ein* Wille herrschen (sei es der einer Einzelperson oder der einer Versammlung)<sup>5</sup>, der sich am gemeinen Wohl orientiert<sup>6</sup>. Der wichtigste Ausdruck dieses Willens ist das positive Gesetz. Hobbes definiert es als „die Gebote des mit der höchsten Gewalt im Staate Betrauten in bezug auf die zukünftigen Handlungen der Bürger“<sup>7</sup>.

Diese Ansichten sind nicht, wie man in der rechtshistorischen und philosophischen Literatur noch immer lesen kann<sup>8</sup>, ein Spezifikum von Hobbes als einem positivistischen Einzelgänger. Bei Pufendorf und Thomasius findet sich ganz derselbe Hobbessche Gedankengang, daß nämlich Ursache des Staates der Schutz vor Übeln ist, die dem einen Menschen vom anderen drohen (Pufendorf)<sup>9</sup>, bzw. die Furcht (Thomasius)<sup>10</sup>; daß das Naturrecht nicht ausreicht, um ein rechtmäßiges Verhalten der Menschen zu erzwingen<sup>11</sup>; daß *ein* gemeinsamer, am Gemeinwohl orientierter, Wille geschaffen werden muß<sup>12</sup>, dessen Ausdruck vor allem das Gesetz ist. Dementsprechend steht auch bei Pufendorf und Thomasius an der Spitze der Majestätsrechte die Gesetzgebungsgewalt<sup>13</sup>. Ihre Bindung an das „Gemeinwohl“ ist nicht sehr wirkungsvoll, da allein der Herrscher definiert, was dem Gemeinwohl dient<sup>14</sup>. Konsequenterweise übernehmen dann Pufendorf und Thomasius, wie fast alle deutschen Juristen des späten 17. und des 18. Jahrhunderts, auch den positivistischen Gesetzesbegriff Hobbes': Die positiven Gesetze sind

<sup>4</sup> *T. Hobbes*, (wie Anm. 3) cap. 5, § 1, 124.

<sup>5</sup> *T. Hobbes*, (wie Anm. 3) cap. 5, § 6, 128.

<sup>6</sup> *T. Hobbes*, (wie Anm. 3) cap. 13, § 2, 205.

<sup>7</sup> *T. Hobbes*, (wie Anm. 3) cap. 6, § 9, 135.

<sup>8</sup> Zum Einfluß Hobbes' auf Pufendorf s. jetzt aber *Fiammetta Palladini*, Pufendorf – discepolo di Hobbes (Bologna 1990); auf Thomasius: *Peter Schröder*, Naturrecht und absolutistisches Statsrecht. Eine vergleichende Studie zu Thomas Hobbes und Christian Thomasius (Berlin 2001).

<sup>9</sup> *Samuel Pufendorf*, *De iure naturae et gentium libri octo* (erstmalig 1672), lib. 7, cap. 1, § 7, 634 (ich zitiere nach der Neuausgabe in: *Gesammelte Werke*, Band 4, hrsg. von *Frank Böbling* [Berlin 1998]).

<sup>10</sup> *Christian Thomasius*, *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688) (Halle 1730, 2. Ndr. Aalen 1994) lib. 3, cap. 6, §§ 12 und 15, 386 f.

<sup>11</sup> *S. Pufendorf*, (wie Anm. 9) lib. 7, cap. 1, § 8, 635 f.; *C. Thomasius*, (wie Anm. 10) lib. 3, cap. 6, § 24, 388.

<sup>12</sup> *S. Pufendorf*, (wie Anm. 9) lib. 7, cap. 2, § 5, 642 (ein Wille); lib. 7, cap. 9, § 3, 736 (Gemeinwohl); *C. Thomasius*, (wie Anm. 10) lib. 3, cap. 6, §§ 27 und 28, 389 (ein Wille); lib. 3, cap. 6, § 163, 408 (Gemeinwohl).

<sup>13</sup> *S. Pufendorf*, (wie Anm. 9) lib. 7, cap. 4, § 2, 667; *C. Thomasius*, (wie Anm. 10) lib. 3, cap. 6, § 146, 406; aber auch schon *T. Hobbes*, (wie Anm. 3) cap. 6, § 18, 145 („Die Kennzeichen dieser höchsten Staatsgewalt sind der Erlaß und die Aufhebung der Gesetze ...“).

<sup>14</sup> *S. Pufendorf*, (wie Anm. 9) lib. 7, cap. 6, § 13, 77, auch lib. 8, cap. 1, § 5 mit Hinweis auf *T. Hobbes*, (wie Anm. 3) cap. 12, § 1, 193.

„Dekrete des Oberherrschers“<sup>15</sup>, die auch auf seiner „nackten Willkür“ beruhen können (Pufendorf)<sup>16</sup>. Von dem alten, wertbezogenen Gesetzesbegriff, wonach Gesetz nur eine vernünftige oder gerechte Regelung sein kann<sup>17</sup>, ist nichts mehr übrig. Nur Justus Henning Böhmer sieht die Dinge etwas anders<sup>18</sup>, definiert den Staat dann aber letztlich auch als Zusammenschluß zum sichereren und ruhigeren Leben der Menschen<sup>19</sup>, in dem ein Wille herrschen muß<sup>20</sup>, und rechnet gleichfalls mit der Notwendigkeit positiver Gesetze<sup>21</sup>.

Zwei Gesichtspunkte treten also in dieser Lehre vom positiven Gesetz besonders hervor: Einmal, daß das positive Gesetz neben dem Naturrecht nötig ist, daß mit dem Naturrecht allein sozusagen „kein Staat zu machen ist“. Zweitens, daß das positive Gesetz nur eine einzige Quelle hat, den Staat, in dem eben nur *ein*, dem Gemeinwohl verpflichteter, Wille herrschen darf. Der zweite Gesichtspunkt wird bedeutsam für die Lehre vom Statuten- und vom Gewohnheitsrecht, der ich mich jetzt zuwende, der erste für das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht überhaupt (dazu am Ende).

<sup>15</sup> *Samuel Pufendorf*, *De officio hominis et civis* (erstmals 1673), lib. 2, cap. 12, § 1, 80 (ich zitiere nach der Neuausgabe in: *Gesammelte Werke*, Band 3, hrsg. von *Gerald Hartung*, [Berlin 1997]): „decreta summi imperantis civilis, pro quae civibus injungitur, quid in vita civili facere, quidve omittere debeant“. Auch *Christian Thomasius*, *Fundamenta iuris naturae et gentium* (erstmals 1705) (Halle 1718) lib. 1, cap. 4, § 3, 146: „Lex sumitur ... strictissime pro jussibus universalibus imperantium in Repub.“

<sup>16</sup> *S. Pufendorf*, (wie Anm. 9) lib. 2, cap. 3, § 24, 163.

<sup>17</sup> *Thomas von Aquin*, *Summa Theologiae*, II 1, quaest. 90, art. 4: „quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata“; *Francisco Suarez*: *Tractatus de legibus ac deo legislatore* (1612), lib. 1, cap. 12, § 4, 54 (ich zitiere nach der Ausgabe: *Opera omnia*, hrsg. von *Carolus Berton*, V/VI [Paris 1856]): „Lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum“; *Matthaeus Wesenbeck*, *In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani lib. IIX commentarii* (Basel 1582) lib. 1, tit. 3, Nr. 2: „honestum legitimae potestatis decretum“; *Hugo Grotius*, *De iure belli ac pacis* (1625), hrsg. v. *B. J. A. de Kanter-van Hettinga Tromp* (Leiden 1939), Ndr. mit Anm. v. *R. Feenstra* u.a. (Aalen 1993) lib. 1, cap. 1, § 9, S. 34: „regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est“. – Vgl dazu *Jan Schröder*, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)* (München 2001) 7f., 13f.; *Paolo Grossi*: *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano 2001) 19ff.

<sup>18</sup> *Justus Henning Böhmer*: *Introductio in ius publicum universale* (Halle 1710) pars spec., lib. 1, cap. 1, § 23, 150f. (Staaten entstehen eher durch Gewalt als durch friedlichen Zusammenschluß), cap. 2, § 14 (Gewalt oder allmähliche Befestigung einer Herrschaft); lib. 2, cap. 3, § 4, 379f. (der Staat kann auch durch Naturrecht gelenkt werden).

<sup>19</sup> *J. H. Böhmer*, (wie Anm. 18) pars spec., lib. 1, cap. 3, § 1, 187.

<sup>20</sup> *J. H. Böhmer*, (wie Anm. 18) pars spec., lib. 1, cap. 2, § 2, 155.

<sup>21</sup> *J. H. Böhmer*, (wie Anm. 18) pars spec., lib. 2, cap. 3, § 8, 383.

## II. Die Konsequenzen des staatlichen Rechtserzeugungsmonopols

### 1. Die Lehre vom (städtischen, provinziellen) Statutenrecht

#### a) Die ältere Theorie des Statutenrechts

Ich beginne mit dem Statutenrecht, also den von Provinzen und Gemeinden unterhalb des Staates erlassenen Rechtsvorschriften<sup>22</sup>. Die ältere Theorie vom Rechtscharakter der Statuten spiegelt die relativen, ständestaatlichen Machtverhältnisse am Beginn der Neuzeit wider und natürlich auch den erfolgreichen Kampf der Städte um ihre Autonomie im Mittelalter. Reste davon erhalten sich auch im Deutschland des 16. und frühen 17. Jahrhunderts. Fast unbestritten ist, daß eine Stadt in ihren eigenen Angelegenheiten ohne weiteres Statuten geben kann<sup>23</sup>. Darüber hinaus darf sie auch dann Statutenrecht setzen, wenn ihr „iurisdictio“, Rechtsprechungsgewalt, zukommt<sup>24</sup>. Diese „iurisdictio“ muß nicht unbedingt vom Landesherrn abgeleitet sein, sondern kann auch auf Kauf, Schenkung, Gewohnheit oder unvordenklicher Verjährung beruhen<sup>25</sup>. Eine Zustimmung des Landesherrn ist insoweit nicht erforderlich, wenn „iurisdictio“ besteht oder es sich um eigene Angelegenheiten der jeweiligen Kommune handelt. Das ist jedenfalls, wenn ich recht sehe, die bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts vorherrschende Meinung in der deutschen Rechtslehre<sup>26</sup>. Das Statutenrecht steht also nach der älteren Theorie selbständig neben dem „staatlichen“ Gesetzesrecht. Man sieht denn auch den Rechtsgrund der Statuten nicht in der staatlichen Genehmigung,

<sup>22</sup> Dazu *Jan Schröder*, „Stadtrecht bricht Landrecht“. Zur Konkurrenz von Rechtsquellen in der frühen Neuzeit, in: Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag, hrsg. von *Franz Dorn* und *Jan Schröder* (Heidelberg 2001), und zum spätmittelalterlichen Umfeld *Eberhard Isenmann*, Gesetzgebung und Gesetzgebungsrecht spätmittelalterlicher deutscher Städte, in: ZHF 28 (2001) Heft 1 (S. 1 ff.) und Heft 2.

<sup>23</sup> *Ulrich Zasius*, Opera omnia, hrsg. von *Johann Ulrich Zasius* und *Joachim Münsinger v. Frundeck*, Bd. I (Lyon 1550, Ndr. Aalen 1964) Sp. 261 (Rn. 6); *Johannes Schneidewin*, In IV Institutionum imperialium D. Iustiniani libros commentarii, hrsg. v. *Matthaeus Wesenbeck* (Straßburg 1575) lib. 1, tit. 2, § „ius autem civile“, Rn. 14, 17; *Dominicus Arumaeus*, Dissertatio de civitatibus (Resp. Georg Gumpelzhaimer) (Jena 1618) Nr. 286; *Matthias Stephani*, Tractatus de iurisdictione ... (Frankfurt 1623) lib. 1, p. 2, cap. 2, Rn. 45 ff., 339; *Balthasar Conrad Zahn*, Ichnographia municipalis (Frankfurt 1657) cap. 37, Rn. 4, 278 f.

<sup>24</sup> *Sebastian Medices*, Tractatus de legibus et statutis, in: De legibus, statutis et consuetudine tractatus aliquot doctissimi ... (Coloniae 1574) p. 1, qu. 24, Nr. 5, 69; *U. Zasius*, (wie Anm. 23); *J. Schneidewin*, (wie Anm. 23); *D. Arumaeus*, (wie Anm. 23) Nr. 93; *M. Stephani*, (wie Anm. 23) lib. 1, cap. 33, Rn. 61.

<sup>25</sup> *D. Arumaeus*, (wie Anm. 23) Nr. 279; *M. Stephani*, (wie Anm. 23) lib. 1, cap. 38, Rbn. 33 f., 239, 46, 240; *Johannes Steimwich*, Disputatio inauguralis De iuribus civitatum (Straßburg 1623) th. 18.

<sup>26</sup> Vgl. die Nachweise bei *J. Schröder*, Stadtrecht (wie Anm. 22) zu Anm. 37–40. Bei bestehender „iurisdictio“ oder eigenen Angelegenheiten der Stadt wird keine Konfirmation verlangt z. B. *S. Medices*, (wie Anm. 24) p. 1, qu. 24, Nr. 4, 69; *Johannes Sichard*, In codicem Iustinianum praelectiones, hrsg. v. *Franciscus Modius* (Frankfurt am Main 1586) zu lib. 3, tit. 13, lex 7, Rn. 5, 158; *J. Schneidewin*, (wie Anm. 22); *B. C. Zahn*, (wie Anm. 23) cap. 37, Rn. 8/9, 279.

sondern in „*quaedam juris permissio*“<sup>27</sup>, einer gewissen eigentümlichen Befugnis der Städte, wir würden sagen: einer städtischen Autonomie. Sie wird hergeleitet aus der *lex „omnes populi“* (D. 1, 1, 9), wonach sein „*ius civile*“ sich jeder „*populus*“ selbst setzt – und ein solcher „*populus*“ sollen eben auch die Stadtbürger sein.

#### b) Die Lehre vom Statutenrecht seit dem mittleren 17. Jahrhundert

Seit dem späten 17. Jahrhundert verstärkt sich dann aber die Neigung, das Statutenrecht der landesherrlichen Rechtssetzungsgewalt ein- und unterzuordnen. So erklärt der Wittenberger Publizist Caspar Heinrich Horn 1694, Statuten seien nur Recht per analogiam, nämlich nur kraft vermuteten Einverständnisses des Herrschers<sup>28</sup>. Ihr Geltungsgrund ist also nicht mehr das eigene Satzungsrecht der Städte aufgrund von „*iurisdictio*“ oder der *lex „omnes populi“*, sondern das Recht des Landesherrn. Horns berühmter Wittenberger Kollege Caspar Ziegler verlangt für jedes Statut, das als Gesetz gelten soll, die landesherrliche, staatliche Genehmigung<sup>29</sup>. Diese Sicht der Dinge setzt sich im Verlauf des 18. Jahrhunderts weitgehend durch<sup>30</sup>. Sie führt dazu, daß die Städte nun auch in eigenen Angelegenheiten keine autonome Rechtssetzungsmacht mehr haben (sofern es sich nicht nur um eine wechselseitige vertragliche Bindung der Bürger handelt). So bestimmt etwa das preußische Allgemeine Landrecht von 1794: Statuten, welche „die äußern Rechte der Gemeinde oder die Privatrechte ihrer einzelnen Mitglieder bestimmen“, müssen als Gesetze der Gesetzkommission zur Genehmigung vorgelegt werden (II 8 § 117). Der alte Dualismus von städtischer (oder provinzialer) Satzungsautonomie einerseits und staatlicher Gesetzgebung andererseits löst sich also auf im Rechtserzeugungsmonopol des Staates.

Ich meine, der Zusammenhang dieser Entwicklung mit der neuen naturrechtlichen Staatslehre ist offensichtlich. Wenn es im Staat nur einen Willen geben darf, dann ist für eine autonome Gesetzgebung der Städte und anderer untergeordneter Machthaber kein Platz mehr. Ich glaube auch, daß diese Lehre im 17. Jahrhundert neu ist, denn eine derartige Monopolisierung der Rechtssetzungsbefugnisse hatte es, wenn ich recht sehe, bis dahin nicht gegeben. Man denkt zwar sofort an die Souveränitätslehre Bodins, die ja beim Erscheinen von Hobbes' „*De cive*“ schon über ein halbes Jahrhundert alt war. Die Staatslehre des frühen 17. Jahrhunderts spricht aber dem Souverän offenbar nur die höchste, noch nicht unbedingt die

<sup>27</sup> So *B. C. Zahn*, (wie Anm. 23) cap. 37, Rn. 9, 279 unter Berufung auf Baldus.

<sup>28</sup> *Caspar Heinrich Horn* (Praes.), *De confirmatione statutorum municipalium per superiorum* (Resp. Johannes Friedrich Meyer) (Wittenberg 1694) § 5.

<sup>29</sup> *Caspar Ziegler*, *De iuribus majestatis, tractatus academicus* (Wittenberg 1698) lib. 1, cap. 4, §§ 16, 17, 118 f.

<sup>30</sup> Nachweise bei *J. Schröder*, *Stadtrecht* (wie Anm. 22) zu Anm. 48 ff. Vgl. etwa aus dem späten 18. Jahrhundert *Johann Stephan Pütter*, *Institutiones iuris publici Germanici* (Göttingen 1782) § 226, 221 (dies sei die Rechtslage in den meisten Territorien); *Christian Friedrich Glück*, *Vollständige Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, I (Erlangen 1797) § 92, 50; *Andreas Joseph Schnaubert*, *Beyträge zum deutschen Staats- und Kirchenrecht* (Gießen 1782) IV. Stück, 63 f.; *Justus Christoph Leist*, *Lehrbuch des teutschen Staatsrechts* (Göttingen 1805) § 111 (III.), 350.

alleinige Gesetzgebungsgewalt zu. So besteht etwa nach Grotius die „summa potestas“ nur darin, daß sie jeder anderen Gewalt übergeordnet ist, während eine (untergeordnete) „potestas civilis“ mit Gesetzgebungs-, Rechtsprechungsbefugnis usw. auch anderen Gewalten zustehen kann<sup>31</sup> (wie es ja wohl auch der damaligen Rechtswirklichkeit entsprach<sup>32</sup>). Wohl erst die Hobbes-Pufendorfsche Theorie schaltet diese ständischen, intermediären Gewalten ganz aus: „Kennzeichen dieser höchsten Staatsgewalt“ ist jetzt, nach Hobbes, eben nicht mehr nur, daß sie über allen anderen steht, sondern auch, daß ihr allein „der Erlaß und die Aufhebung der Gesetze ... die Untersuchung und Entscheidung aller Streitigkeiten, entweder in eigener Person oder durch von ihr eingesetzte Richter“ usw. zukommt<sup>33</sup>. Dementsprechend stößt man im neuen Naturrecht schon sehr früh auf die neue Sicht des Statutenproblems, früher – wenn ich recht sehe – als bei den positivrechtlichen Schriftstellern. Den Anfang macht natürlich wieder Thomas Hobbes, der im „Leviathan“ 1651 klarstellt, daß Sondergesetze von Provinzen „durch die souveräne Macht entstehen“, also nicht durch den Leiter der Provinz, sondern durch den Gesamtstaat<sup>34</sup>. Pufendorf übernimmt dieses Lehrstück und erklärt, der Leiter einer Provinz habe keine eigene, sondern nur eine vom Gesamtstaat abgeleitete Gesetzgebungsmacht<sup>35</sup>. Justus Henning Böhmer formuliert 1710: „Untergeordnete Magistrate können keine Gesetze erlassen, sofern ihnen nicht diese Befugnis zugestanden ist.“ Wenn sie Statuten geben, dann tun sie das nicht aus eigenem Recht, sondern „aufgrund einer Konzession des Herrschers, und sie gelten auch (sc. nur) durch dessen Autorität“<sup>36</sup>.

Meines Erachtens läßt sich in der Statutenlehre sogar ein unmittelbarer Einfluß des Naturrechts auf die positivrechtliche Theorie nachweisen. Einer der wichtigsten Beiträge ist ein Aufsatz desselben Justus Henning Böhmer von 1721 über die „Natur der Statuten, die in Provinzialstädten gegeben werden und über den Grund ihrer Verpflichtungskraft“<sup>37</sup>. Dieser Aufsatz, der im 18. Jahrhundert dann immer

<sup>31</sup> H. Grotius, (wie Anm. 17) lib. 1, cap. 3, § 6, 99 f.: „potestas civilis“ besteht in Gesetzgebung, Rechtsprechung usw.; § 7, 100: „summa potestas“ hat derjenige, „cuius actus alterius iuri non subsunt“. Nicht auf die alleinige, sondern nur auf die höchste Gewalt, die sie entsprechend den älteren Vorstellungen in der Rechtsprechung sehen, stellen auch ab: *Francisco Suarez*, De triplici virtute theologica, in: *ders.*, Ausgewählte Texte zum Völkerrecht, hrsg. von *Josef de Vries* (Tübingen 1965) 128 f.; *Theodor Reinkingk*, Tractatus de regimine seculari et ecclesiastico (1619) (Frankfurt am Main 51651) lib. 1, class. 2, cap. 9, Rn. 7, 169.

<sup>32</sup> Vgl. *Dietmar Willoweit*, Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt (Köln u.a. 1975) 37 ff., wo sich zahlreiche Beispiele aus dem 16. und frühen 17. Jahrhundert für mediate Gewalten mit (auch hoher) Gerichtsbarkeit finden, die nicht vom Landesherrn abgeleitet ist.

<sup>33</sup> T. Hobbes, (wie Anm. 13).

<sup>34</sup> *Thomas Hobbes*, Leviathan (1651), cap. 26, 227 (ich zitiere nach der deutschen Übersetzung, hrsg. von *Hermann Klenner* [Hamburg 1996]).

<sup>35</sup> S. Pufendorf, Ius naturae (wie Anm. 9) lib. 7, cap. 5, § 16, 690.

<sup>36</sup> J. H. Böhmer, Introductio (wie Anm. 18) pars spec., lib. 2, cap. 3, § 23 mit Anm. g, 399.

<sup>37</sup> *Justus Henning Böhmer* (Praes.), De natura statutorum quae in civitatibus provincialibus conduntur eorumque obligandi principio (Resp. Christian Siegfried Nesenius) (1721), in: *ders.*, Exercitationes ad Pandectas, hrsg. von *Georg Ludwig Böhmer*, tom. 1, exerc. 15 (Hannover, Göttingen 1745) 649–665.

wieder zitiert wird, beruht ganz auf der neuen naturrechtlichen Staatslehre. Böhmer stellt gleich an den Anfang seiner Abhandlung das Prinzip: Aus der Natur des Gesetzes folgt, daß in der bürgerlichen Gesellschaft nur derjenige Gesetze geben kann, der die Herrschaft, das Imperium, hat<sup>38</sup>. Und es kann nur ein Imperium, eine Gesetzgebungsgewalt, geben, wie es auch nur eine „maiestas“ gibt<sup>39</sup>. Wenn also Provinzialstädte Statuten erlassen, dann können diese nicht aus eigenem Recht Gesetzeskraft erlangen, sondern nur durch den Konsens der Majestät. Böhmer faßt diesen Konsens dann allerdings mit einer Reihe von subtilen Unterscheidungen recht großzügig<sup>40</sup>, offenbar um möglichst wenig in den herkömmlichen Rechtszustand einzugreifen (der Konsens kann nicht nur vorhergehen, sondern auch nachfolgen, er muß nicht unbedingt ausdrücklich, sondern kann auch stillschweigend erklärt werden und er wird unter Umständen auch vermutet). Aber jedenfalls etabliert Böhmer hier das naturrechtliche Prinzip in der positivrechtlichen Lehre. Etwas Ähnliches kann man noch einmal beobachten in einer Dissertation des Kieler Professors Amandus Christian Dorn über das Sprichwort „Stadt-Recht bricht Land-Recht ...“ von 1748. Nur entnimmt Dorn seine Begründung für das Rechtsetzungsmonopol des Landesherrn<sup>41</sup> jetzt nicht mehr Hobbes, Pufendorf oder Thomasius, sondern Christian Wolff<sup>42</sup>. In diesen Abhandlungen wird also die naturrechtliche Staatslehre unmittelbar in das geltende Recht umgesetzt. Sie ist also offenbar nicht nur eine nachträgliche theoretische Rechtfertigung für den Umbruch in der Statutenlehre, sondern selbst eine treibende Kraft in diesem Entwicklungsprozeß, der zum staatlichen Rechtserzeugungsmonopol führt.

## 2. Die Theorie des Gewohnheitsrechts

Ebenso, wie die neue naturrechtliche Staatslehre das Statutenrecht in den Konnex der staatlichen Rechtsbildung einbezieht und schließlich darin auflöst, verfährt sie mit dem Gewohnheitsrecht. Ich beschreibe wieder zuerst die ältere Lehre und dann ihre Umwandlung im Zusammenhang mit dem neuen Naturrecht.

### a) Die ältere Lehre

Nach römischem Recht war Gewohnheitsrecht oder Gewohnheit dasjenige, was „sine ullo scripto populus probavit“ (D. 1, 3, 32), was „das Volk ohne jede Schriftform“ durch entsprechende Sitten und Handlungen „gebilligt hat“. Auch in Deutschland übernimmt man nach der Rezeption des römischen Rechts ohne weiteres diesen Lehrsatz<sup>43</sup>. Das bedeutet, daß auch noch nach den Vorstellungen der

<sup>38</sup> J. H. Böhmer, *De natura* (wie Anm. 37) cap. 1, § 1, 649.

<sup>39</sup> J. H. Böhmer, *De natura* (wie Anm. 37) cap. 1, § 5, 651.

<sup>40</sup> J. H. Böhmer, *De natura* (wie Anm. 37) cap. 2, §§ 8 ff., 660 ff.

<sup>41</sup> Amandus Christian Dorn, *Dissertationem inauguralem Petri Holtzmanni De pactis dotabilibus ... praevia decenti invitatione indicii in veritatem paroemiae: Stadt-Recht bricht Land-Recht: Land-Recht bricht gemeine Rechte inquires* (Kiel 1748) II, III.

<sup>42</sup> A. C. Dorn, (wie Anm. 41) III, IV.

<sup>43</sup> Vgl. zum Folgenden Siegfried Brie, *Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der*

Juristen des 16. und frühen 17. Jahrhunderts (jedenfalls der meisten von ihnen) das Gewohnheitsrecht vom Volk erzeugt wurde<sup>44</sup>. Dagegen stammte das Gesetzesrecht von dem Gesetzgeber des jeweiligen Gemeinwesens, der nicht mit dem Volk identisch war, also Landesherrn und Ständen. Damit lag also die Erzeugung von Gewohnheits- und von Gesetzesrecht in verschiedenen Händen. Das scheint aber kaum jemanden gestört zu haben. Nur gelegentlich verlangt man, daß der Gesetzgeber dem Gewohnheitsrecht zustimmen muß. Aber insofern läßt man dann seine stillschweigende Duldung genügen<sup>45</sup>. Von einer einheitlichen Rechtserzeugung durch den Staat kann also bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts nicht die Rede sein.

#### b) Die Gewohnheitsrechtslehre seit dem mittleren 17. Jahrhundert

Etwa seit 1650 macht sich dann mehr und mehr eine neue Sicht der Dinge bemerkbar<sup>46</sup>. Die Entwicklung verläuft ganz parallel zur Etablierung des Hobbes-Pufendorfschen Naturrechts. Man wirft der alten Lehre vor, sie wolle „das Volck über den Principem setzen“ (Adam Friedrich Glafey, 1720)<sup>47</sup>, und man beginnt, auch das Gewohnheitsrecht dem fürstlichen Gesetzgeber zu unterstellen und es, wie das Gesetz, als sein Erzeugnis zu begreifen. So erklärt der bekannte Jenaer Professor Georg Adam Struve: „Es unterscheidet sich also die Gewohnheit vom geschriebenen Recht dadurch, daß dieses auf einem ausdrücklichen Befehl beruht, jene aber Rechtswirksamkeit durch die stillschweigende Zustimmung der höchsten Gewalt hat.“<sup>48</sup> Also nicht mehr das Volk produziert das Gewohnheitsrecht, sondern der staatliche Gesetzgeber – nur eben nicht ausdrücklich, wie ein Gesetz, sondern stillschweigend durch Duldung der Gewohnheiten seiner Untertanen. Ein besonders radikaler Autor, Gottlob Gerhard Titius, spricht vom Gewohnheitsrecht sogar als einem „Dekret des Herrschers, das aus bestätigten Handlungen der Untertanen entstanden ist“<sup>49</sup>. Aus dem alten Dualismus von Volk und Ge-

Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht, in: Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50. Doktorjubiläum, I (Breslau 1905) 131–164 und *Jan Schröder*, Zur Vorgeschichte der Volksgeistlehre. Gesetzgebungs- und Rechtsquellentheorie im 17. und 18. Jahrhundert, in: ZRG (GA) 109 (1992) I ff. (34 ff.).

<sup>44</sup> Keine Zustimmung des Gesetzgebers verlangen z. B. *Melchior Kling*, In quatuor Institutionum iuris principis Iustiniani libros enarrationes (Lyon 1557) 14, Nr. 1; *Hugo Donellus*, Commentarii de iure civili (1589 ff.), in: *ders.*, Opera omnia, hrsg. von O. Hilliger, Bd. I (Lucca 1757) lib. 1, cap. 10, § 1, Sp. 65; *Johannes Harpprecht*, Commentarius in IV libros Institutionum iuris civilis (zuerst 1626), I (Frankfurt am Main <sup>3</sup>1708) lib. 1, tit. 2, § sine scripto, 48; *T. Reinkingk*, (wie Anm. 31) lib. 2, class. 2, cap. 9, Nr. 1, 834.

<sup>45</sup> Nachweise bei *J. Schröder*, Volksgeistlehre (wie Anm. 43) 37.

<sup>46</sup> Zu frühen legalistischen Tendenzen im Kirchenrecht s. Peter Landau, Die Theorie des Gewohnheitsrechts im katholischen und evangelischen Kirchenrecht des 19. und 20. Jahrhunderts, in: ZRG (KA) 108 (1991) 156–196 (164 f.).

<sup>47</sup> *Adam Friedrich Glafey*, Grund-Sätze der Bürgerlichen Rechts-Gelehrsamkeit nach Ordnung derer Institutionum (Leipzig 1720) 29 f.

<sup>48</sup> *Georg Adam Struve*, Syntagma iurisprudentia, secundum ordinem Pandectarum concinatum (erstmalig 1658) (Jena <sup>5</sup>1672) exerc. 2, Nr. 19, 55.

<sup>49</sup> *Gottlieb Gerhard Titius*, Juris privati Romano-Germanici ... libri II (Leipzig <sup>2</sup>1724) lib. 1, cap. 7, § 5, 76.

setzgeber, Gewohnheitsrecht und Gesetz, wird also ein Monismus, ein Monopol des Staates bei der Erzeugung von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Im weiteren Verlauf gerät das Gewohnheitsrecht dann immer mehr unter Druck und wird schließlich von den großen Aufklärungskodifikationen fast völlig beseitigt<sup>50</sup>. Ein Gesetzbuch (das österreichische von 1786) erklärt die Einführung neuer Gewohnheiten sogar für ein „strafbares Beginnen“.

Auch der Zusammenhang dieser Entwicklung mit der neuen naturrechtlichen Staatslehre liegt auf der Hand. Der Staat soll Ruhe und Sicherheit gewährleisten. Deshalb darf es in ihm nur einen, auf das Gemeinwohl verpflichteten politischen Willen geben, den des Staates. Wenn man also das Volks-Gewohnheitsrecht überhaupt noch zulassen will, dann muß man es als einen Ausdruck des staatlichen Willens deuten. So macht es schon Hobbes 1642, lange vor den deutschen Juristen Struve, Lauterbach, Schilter, Titius usw.: Die Gewohnheit an sich, sagt er, kann „nicht aus eigener Kraft ein Gesetz bilden . . ., sondern (sc. nur) wegen der Einwilligung des höchsten Herrschers, welche man daraus abnimmt, daß er . . . (z. B. einen Richterspruch) zum Gewohnheitsrecht hat werden lassen“<sup>51</sup>. Ähnlich erklärt siebzig Jahre später Justus Henning Böhmer, Gewohnheit und Sitten erhielten Gesetzeskraft „nicht durch den Usus der Untertanen, sondern durch die Billigung des Herrschers, ohne die sie kein Gesetz (sc. man darf auch sagen: kein Recht) sein können“<sup>52</sup>. Christian Thomasius geht in einer 1699 erschienenen Dissertation noch weiter. Er bricht hier überhaupt mit der Vorstellung, daß das Gewohnheitsrecht irgendeine Art von Recht sei. Gewohnheit ist für ihn nichts anderes als ein Indiz dafür, daß ein entsprechendes staatliches Gesetz (schon vor der Gewohnheit!) existiere<sup>53</sup>. Ebenso soll eine Gewohnheit unterhalb des Staates ein Indiz dafür sein, daß es einen entsprechenden Vertrag unter den Beteiligten gibt<sup>54</sup>. Die Gewohnheit verliert hier also überhaupt ihren Charakter als Rechtsquelle. Die gesamte Rechtsbildung wird auf eben die beiden Formen zurückgeführt, die das Naturrecht allein anerkennt: Vertrag und Gesetz. Thomasius hat sich mit dieser extremen Lehre nicht durchgesetzt, aber sie scheint mir der rechtstheoretisch konsequenteste Ausdruck der naturrechtlichen Vorstellungen zu sein: Es kann nun eben ein besonderes Gewohnheitsrecht, das unabhängig vom Staat und seinem Gesetzesrecht entsteht, überhaupt nicht mehr geben.

<sup>50</sup> Nachweise bei *J. Schröder*, Volksgeistlehre (wie Anm. 43) 40 ff. und *Hermann Krause*, Gewohnheitsrecht, in: HRG 1 (1971) Sp. 1675 ff. (1681 f.). Das preußische Allgemeine Landrecht von 1794 schließt Gewohnheitsrecht ganz aus (Einl. § 60), das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 jedenfalls dann, wenn nicht ein Gesetz darauf verweist (§ 10).

<sup>51</sup> *T. Hobbes*, De cive (wie Anm. 3) cap. 14, § 15, 227, auch *ders.*, Leviathan (wie Anm. 34) cap. 26, 225.

<sup>52</sup> *J. H. Böhmer*, Introductio (wie Anm. 18) pars spec., lib. 2, cap. 3, § 17, 392.

<sup>53</sup> *Christian Thomasius*, Dissertatio inauguralis juridica sistens conjecturas de jure consuetudinis et observantiae (Resp. Petrus Herff) (Halle 1699) § 62, 20.

<sup>54</sup> *C. Thomasius*, Diss. (wie Anm. 53) §§ 49 und 50, 16.

### 3. Exkurs: Auswirkungen der neuen Lehre auf das Verhältnis von Reichsrecht und Landesrecht?

Lassen Sie mich noch einige Anmerkungen zu der Frage machen, ob sich die neue Staatslehre auch im Verhältnis von Reichsrecht und Landesrecht auswirkt. Wenn man, wohin ja die Tendenz geht, auch den Einzelstaaten innerhalb des Reichs Souveränität und höchste Staatsgewalt zusprach, dann lag es möglicherweise nahe, ihre Gesetze sogar gegenüber den Reichsgesetzen zu bevorzugen. Der Konflikt konnte in zwei Fällen auftreten:

#### a) Landesrecht und (neue) Reichsgesetze

Der eine Fall ist, daß ein Landesgesetz von einem neueren Reichsgesetz, also einem Reichsschluß, abweicht. Über seine Lösung gibt es in der neueren rechts-historischen Literatur unterschiedliche Ansichten: Hermann Conrad meinte 1966, daß schon im alten Reich der Grundsatz gegolten habe „Bundes- (bzw. Reichs-)recht bricht Landesrecht“<sup>55</sup>. Die Gegenmeinung hat 1989 Wolfgang März vertreten<sup>56</sup>. Richtig daran scheint zu sein, daß – entgegen Conrads Lehre – jedenfalls um 1700 eine Reihe von preußischen Juristen für den Vorrang des Landesrechts vor dem Reichsrecht eintritt. Ein Streitfall ist z. B. der folgende: Bekanntlich erlaubt der Jüngste Reichsabschied von 1654 erstmals verzinsliche Darlehen, begrenzt den Zinssatz aber auf 5 %. Schon vorher gab es jedoch ein brandenburgisches Gesetz, das 6 % Zinsen zuließ. Dieses Gesetz soll nun, wie z. B. Justus Henning Böhmer in einem seiner Konsilien darlegt, auch nach dem Jüngsten Reichsabschied gültig geblieben sein<sup>57</sup>. Dieselbe Ansicht vertreten Heinrich Cocceji, Samuel Stryk und Christian Thomasius mit der Begründung, Landesrecht müsse vor Reichsrecht den Vorrang haben, wenn es nur die Rechtsverhältnisse der Untertanen regle<sup>58</sup>. Die zeitliche und personelle Koinzidenz dieser offenbar neuen Lehre mit dem Vordringen der neuen naturrechtlichen Staatslehre fällt auf und läßt einen Zusammenhang vermuten. Aber die Dinge bedürfen sicherlich noch weiterer Untersuchung.

#### b) Landesrecht und „ius commune“

Der andere Fall ist das Zusammentreffen von Landesrecht und dem als „ius commune“ rezipierten römischen Recht. Auch das „ius commune“ galt als Reichsrecht. Sein Verhältnis zum Landesrecht wird zunächst so gesehen, daß das römische Recht zwar nachrangig ist, aber eine begründete Vermutung, „fundata inten-

<sup>55</sup> Hermann Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, II (Karlsruhe 1966) 357f.

<sup>56</sup> Wolfgang März, Bundesrecht bricht Landesrecht (Berlin 1989) 43–48.

<sup>57</sup> Justus Henning Böhmer, Consultationes et decisiones iuris, tom. 2, p. 1, hrsg. v. Carl August Böhmer (Halle 1734) Resp. 437, Nr. 23 ff.

<sup>58</sup> Heinrich Cocceji, Juris publici prudentia (Frankfurt an der Oder 1695) cap. 23, § 4; Samuel Stryk, Specimen usus moderni Pandectarum (1690 ff.) (Halle 1713) lib. 38, tit. 16, § 7, 1203; Christian Thomasius (Praes.), De statu imperii potestate legislativa contra ius commune (Resp. Sigismund Jacob Holzschuher) (Halle 1703).

tio“, für sich hat, wenn ein abweichendes Landesrecht nicht bewiesen werden kann<sup>59</sup>. Auch diese Privilegierung des landesfremden Reichsrechts, hier in Gestalt des „ius commune“, wird aber am Ende des 17. Jahrhunderts in Zweifel gezogen und wieder ist Christian Thomasius einer der Wortführer<sup>60</sup>. Man hat diese Entwicklung bisher vor allem unter dem Blickwinkel der Wiederentdeckung des deutschen Rechts durch Hermann Conring gesehen. Man könnte sie aber vielleicht auch betrachten vor dem Hintergrund der neuen naturrechtlichen Staatslehre, die eben das Recht des Landesherrn unbedingt allem anderen Recht vorzieht. Ich lasse es aber bei diesen sehr vorläufigen Hypothesen bewenden.

#### 4. Das Verhältnis von Naturrecht und positivem Recht

Es bleibt schließlich die Frage, ob man im späten 17. Jahrhundert auch die äußerste Konsequenz aus dem staatlichen Rechtsschöpfungsmonopol gezogen hat: nämlich, daß das staatliche Recht sogar das Naturrecht verdrängen kann. Ich meine, wie ich schon früher geschrieben habe<sup>61</sup>, daß diese Frage in der Tat zu bejahen ist. Zwar geht die naturrechtliche Staatslehre nicht so weit, das Naturrecht als Rechtsquelle völlig auszuschließen. Aber sie läßt es, so schon Hobbes in „De cive“, nur subsidiär, d. h. nur nach dem staatlichen Recht, gelten<sup>62</sup>. Hobbes folgend erklärt Pufendorf im „Jus naturae et gentium“, „daß immer, wo ein positives Gesetz fehlt, auf die natürliche Vernunft zurückzugehen ist, und deshalb in allen Staaten das Naturrecht die Lücken des positiven Rechts ausfüllt. In diesem Sinne“, schreibt Pufendorf, „nennt Hobbes das Naturgesetz das ungeschriebene positive Gesetz“<sup>63</sup>. Das wird dann im 17. und 18. Jahrhundert zur herrschenden Meinung in ganz Deutschland<sup>64</sup>. Es bedeutet aber eben, daß das positive Recht, wo es existiert, dem Naturrecht vorgeht, daß also positives Recht Naturrecht bricht und nicht etwa umgekehrt.

Zunächst wagt allerdings nicht einmal Hobbes, diesen Grundsatz offen auszusprechen. Man hätte damit ja den Menschen über Gott als den Schöpfer der Natur gestellt. Deshalb behilft man sich mit juristischen Umwegen. Hobbes meint, selbstverständlich gelte auch im Staat das naturrechtliche Verbot von Diebstahl, Totschlag und Ehebruch. Aber der Staat habe die Definitionsmacht über diese Begriffe. Es sei „nicht jede Tötung eines Menschen ein Totschlag, sondern nur die, die das bürgerliche (positive) Gesetz verbietet. Ebenso ist auch nicht jeder Bei-

<sup>59</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (wie Anm. 17) 21, 115 f.

<sup>60</sup> Vgl. dazu *Klaus Luig*, *Hermann Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte*, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), *Hermann Conring (1606–1681). Beiträge zu Leben und Werk* (Berlin 1983) 355–395 (385).

<sup>61</sup> *Jan Schröder*, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der *Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?*, in: *Dieter Schwab* u. a. (Hrsg.), *Staat, Kirche, Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geburtstag von Paul Mikat* (Berlin 1989) 419 ff.

<sup>62</sup> *T. Hobbes: De cive* (wie Anm. 3) cap. 14, § 14, 227.

<sup>63</sup> *S. Pufendorf, Jus naturae* (wie Anm. 9) lib. 8, cap. 1, § 744.

<sup>64</sup> Nachweise bei *J. Schröder, Recht als Wissenschaft* (wie Anm. 17) 111.

schlaf ein Ehebruch, sondern nur der von den bürgerlichen Gesetzen verbotene“<sup>65</sup> usw. Pufendorf folgt diesem Gedanken zwar nicht, kommt aber zu demselben Ergebnis mit der Formel, daß der Staat naturrechtliche Ge- und Verbote, wenn schon nicht aufheben, so doch durch „Duldung“ des naturrechtswidrigen Verhaltens außer Kraft setzen könne<sup>66</sup>. Wenn z. B. die Spartaner es zuließen, daß sich die Frau eines alten Mannes zwecks Erzeugung eines Kindes mit einem jüngeren Mann zusammentat, dann blieb dieses Verhalten zwar Ehebruch, aber der Staat konnte es dulden und straflos lassen. Diese Lehre übernehmen auch Thomasius und nach ihm Christian Wolff<sup>67</sup>. Je mehr dann im Laufe des 18. Jahrhunderts die Vorstellung von Gott als dem Schöpfer des Naturrechts verblaßt und das Naturrecht als ein bloßes Erzeugnis der menschlichen Vernunft erscheint, um so unbefangener spricht man den Vorrang des positiven Rechts direkt aus. So heißt es bei Ludwig Julius Friedrich Höpfner 1785 (ein Zitat, das ich Diethelm Klippel verdanke): „Das geben alle zu, daß der Gesetzgeber um des gemeinen Bestens willen und um ein größeres Übel zu verhüten, etwas befehlen, erlauben oder verbiethen könne, was nach dem N. R. gleichgültig, verboten oder erlaubt ist.“<sup>68</sup> Daran ändert auch die Forcierung der Menschenrechte durch das „jüngere Naturrecht“ des späten 18. Jahrhunderts nichts mehr: Denn die Menschenrechte werden ganz überwiegend wohl nur als Auftrag an den Gesetzgeber, nicht aber als unmittelbar und vorrangig geltendes Recht gesehen<sup>69</sup>. 1808 schreibt Gottlieb Hufeland nur noch lapidar: „Alle gültigen positiven Gesetze gehen den natürlichen vor.“<sup>70</sup> Das ist auch die Einstellung der beiden großen deutschsprachigen Zivilrechtskodifikationen um 1800. Sowohl das preußische ALR von 1794 als auch das österreichische ABGB von 1811 gehen selbstverständlich davon aus, daß das nichtkodifizierte Naturrecht ihnen gegenüber nachrangig ist. Wohl kein preußischer Jurist wäre auf den Gedanken gekommen, etwa die Vorschriften über die „Gutsuntertänigkeit“ wegen Verstoßes gegen das Naturrecht für ipso jure unwirksam zu halten. Bei Gesetzeslücken gibt immerhin das ABGB dem Naturrecht noch subsidiäre Geltung (§ 7). Das ALR verweist dagegen auch in diesem Fall nicht

<sup>65</sup> T. Hobbes, *De cive* (wie Anm. 3) cap. 14, §§ 3, 10, 219f., 223f.

<sup>66</sup> S. Pufendorf, *Jus Naturae* (wie Anm. 9) lib. 8, cap. 1, § 3, 745–747.

<sup>67</sup> C. Thomasius: *Fundamenta* (wie Anm. 15) lib. 1, cap. 5, § 53 Anm. 157; *Christian Wolff, Jus naturae, methodo scientifica pertractatum*, VIII (Halle 1748) § 975, 750.

<sup>68</sup> Ludwig Julius Friedrich Höpfner, *Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker* (Gießen 31785) 168, Anm. 4 (nach Diethelm Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts* [Paderborn 1976] 190).

<sup>69</sup> S. dazu D. Klippel, *Politische Freiheit* (wie Anm. 68) 191; J. Schröder, *Naturrecht* (wie Anm. 61) 430–433.

<sup>70</sup> Gottlieb Hufeland: *Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts*, I (Gießen 1808) 29; auch Anton Friedrich Justus Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (Altona 21806) 43 („weil es ja allgemeines Princip ist, daß willkürliche Vorschriften des bürgerlichen Rechts die aus der Natur der Sache folgenden Regeln in ihrer Wirksamkeit aufheben“). Weitere Belege bei J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (wie Anm. 17) 111f.

mehr auf das Naturrecht, sondern auf die „allgemeinen Grundsätze“ des Gesetzes und auf die Analogie (Einl. § 49). In Preußen spielt also nach der Kodifikation das nichtkodifizierte Naturrecht überhaupt keine rechtspraktische Rolle mehr.

Im Ergebnis wendet sich also das Rechtserzeugungsmonopol des Staates schließlich auch gegen das Naturrecht selbst. Zwar nicht so, daß dieses nun als Rechtsquelle ganz beseitigt würde, aber doch so, daß es nur noch nachrangig gegenüber dem staatlichen Recht gilt. Auch diese Minimalisierung des Naturrechts ist offensichtlich schon in der naturrechtlichen Staatslehre selbst angelegt. Dreh- und Angelpunkt ist ja die Vorstellung, daß das Naturrecht des vorstaatlichen Zustands allein ein friedliches und sicheres Zusammenleben der Menschen nicht gewährleistet, daß insofern also nur der Staat das gemeine Wohl garantieren kann. Selbst wenn die Vorschriften des Naturrechts materiell ausreichen, muß der Staat doch jedenfalls ihre Durchsetzung mit Hilfe von Strafandrohungen und Zwangsmaßnahmen erzwingen, das Naturrecht also mindestens durch ein entsprechendes positives Recht ergänzen. Aber das Naturrecht reicht offenbar auch materiell nicht immer aus, um ein ruhiges und friedliches Zusammenleben der Bürger zu gewährleisten. Der Staat kann (nach Thomasius<sup>71</sup>) gezwungen sein, zum gemeinen Wohl das Tötungsverbot zu durchbrechen, indem er Todesstrafen verhängt und vollzieht. Er kann sich (nach Christian Wolff<sup>72</sup>) genötigt sehen, offenbar unsittliche Einrichtungen, wie Bordelle, zu dulden, um schlimmere Verbrechen zu verhindern usw. In allen diesen Fällen muß das positive Recht das Naturrecht brechen können. Bedenkt man darüber hinaus, daß dem Herrscher allein das Urteil darüber zustehen soll, was dem gemeinen Wohl nützt, dann bleibt auch vom Gemeinwohlvorbehalt kaum noch etwas übrig. Letztlich setzt sich also schon nach der naturrechtlichen Staatslehre fast jedes beliebige positive Recht gegen das Naturrecht durch.

Darin scheint mir auch der entscheidende Unterschied gegenüber der älteren Lehre zu liegen. Natürlich wußten schon die mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Naturrechtler, daß es im Naturrecht keinen Henker (und keine Bordelle) gibt, daß aber der Staat diese Einrichtungen möglicherweise nicht entbehren kann und sie deshalb rechtmäßig sein müssen. Der Gedanke, daß die „Duldung“ eines naturrechtswidrigen Verhaltens zulässig sein kann, findet sich dementsprechend jedenfalls schon 1612 bei Francisco Suarez<sup>73</sup>. Aber dieser Vorrang des positiven Rechts hat doch in der älteren Lehre nur sehr bescheidene Dimensionen. Man darf nicht vergessen, daß nach der alten Auffassung ein vernunftwidriges, ungerechtes Gesetz schon gar kein Gesetz war, sondern „*legis corruptio*“<sup>74</sup>. Insoweit hatte also

<sup>71</sup> Wie Anm. 67.

<sup>72</sup> Wie Anm. 67, § 976 Anm. 751.

<sup>73</sup> F. Suarez, *De legibus* (wie Anm. 17) lib. 3, cap. 12, § 6, 217.

<sup>74</sup> *Thomas v. Aquin*, *Summa theologiae*, II 1, quaest. 95, art. 2, Abschnitt „*Respondeo*“: „*Si vero (sc. humana lex) in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio.*“ Damit kann allerdings nur ein Gesetz gemeint sein, das dem Naturrecht direkt widerspricht und es nicht nur zulässigerweise ausfüllt oder etwas Naturrechtswidriges bloß „duldet“.

das Naturrecht immer Vorrang. Nachrangig war es nach der älteren Lehre nur gegenüber positiven Gesetzen, die als solche noch vernünftig und gerecht erschienen, mochten sie auch von einer naturrechtlichen Vorschrift abweichen. Es konnte sich dabei z.B. handeln um die Einführung von Formvorschriften für Verträge, die Begrenzung der natürlichen Freiheit durch Beschränkung des Jagd- oder Fischereirechts der Untertanen oder eben auch um die Einführung von Todesstrafen. Niemals aber gingen nach der älteren Lehre unvernünftige oder ungerechte Gesetze dem Naturrecht vor. Hier setzt die Hobbes-Pufendorfsche Theorie etwas völlig Neues in die Welt, indem sie nun jedes Gesetz als positives Recht anerkennt<sup>75</sup>. Das positive Recht muß jetzt nicht mehr aus dem Naturrecht abgeleitet sein, wie die ältere Lehre gemeint hatte, für die auch das positive Recht noch Naturrecht im weiteren Sinne war („*ius naturale formatissimum*“ nannte Ulrich Zasius das positive Recht<sup>76</sup>). Sondern es stammt jetzt allein aus dem Willen des menschlichen Gesetzgebers, es kann auch rein willkürlich und unvernünftig sein. Läßt man auch ein solches Recht, wie es Hobbes und Pufendorf etwas versteckt und die deutschen Juristen spätestens um 1800 offen tun, dem Naturrecht bedingungslos vorgehen, dann ist man in der Tat bei einem reinen Positivismus angelangt, für den ein Gesetz unabhängig von seinem Inhalt Recht sein kann. Und deshalb meine ich, daß tatsächlich die vernunftrechtliche Staatslehre eine der Wurzeln des modernen Rechtspositivismus ist und nicht die schwächste.

### III. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist zu sagen:

1. Die vernunftrechtliche Staatslehre Hobbes' und seiner deutschen Nachfolger Pufendorf und Thomasius begründet ein Rechtserzeugungsmonopol des Staates. Jede nichtstaatliche positive Rechtsbildung, sei es durch intermediäre Gewalten (Statuten), sei es durch das Volk (Gewohnheitsrecht), wird verworfen. Das Hobbes-Pufendorfsche Naturrecht bahnt damit den Weg in den modernen Gesetzgebungsstaat.

2. Die vernunftrechtliche Staatslehre ist zugleich eine der Wurzeln des modernen Rechtspositivismus. Sie setzt einen wertfreien Begriff des positiven Rechts oder Gesetzes (als Wille des Gesetzgebers) durch. Im Konfliktsfall gibt sie dem positiven Recht den Vorrang vor dem Naturrecht. Die schon früher gelegentlich geäußerte Auffassung (von Gagnér 1960 bis zu Willoweit 2000<sup>77</sup>), daß sich bereits in der Zeit des Vernunftrechts eine Spielart des Gesetzes- oder Rechtspositivismus

S. auch *F. Suarez*, *De legibus* (wie Anm. 17) lib. 3, cap. 19, § 11, 252 („*Lex injusta non est lex*“). Vgl. auch die entsprechenden Definitionen des Gesetzes o. zu Anm. 17.

<sup>75</sup> S. o. zu Anm. 7, 15f. Weitere Belege bei *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft* (wie Anm. 17) 98.

<sup>76</sup> *U. Zasius*, *Opera* (wie Anm. 23) I, Sp. 251, Nr. 41.

<sup>77</sup> S. die Zitate o. Anm. 2.

herausbildet, ist zutreffend. Es handelt sich allerdings um eine Spielart, die das Naturrecht auch innerhalb des Staates noch als subsidiäre und im Verhältnis zwischen den Souveränen sogar als primäre Rechtsquelle anerkennt. Dadurch unterscheidet sie sich vom modernen Rechtspositivismus.

*Martin Fitzpatrick*

## Natural law, natural rights, and the Toleration Act in England, 1688–1829

“... every man ought to be allowed to form his religious opinions by the impressions on his own mind, and that, when so formed, he should be at liberty to worship God according to the dictates of his conscience, without being subjected to any penalties or disqualification whatever; that every restraint or restriction imposed on any man on account of his religious creed is in the nature of persecution and is at once an offence to God and an injury to man.”<sup>1</sup>

Lord John Russell

In the self perception of many Englishmen at the beginning of the eighteenth century, England represented a champion of toleration and enlightenment in contrast with the repressive forces of continental absolutism<sup>2</sup>. This view was fortified by Voltaire in his *Letters concerning the English Nation* (1733), in which the English were portrayed as the most enlightened nation setting an example of constitutionalism, liberty and tolerance to the rest of the civilised world<sup>3</sup>. For Voltaire, “sectarian fury” ended with the English civil wars. He accepted that if you wanted to get on you belonged to the Anglican established church. But the church owed its authority to the State not to apostolical succession. Dissenters from the establishment, as befitted a commercial nation, were allowed to go about their religious business unmolested. Indeed it was this free trade in religion, which enabled all the religions to live in harmony with themselves<sup>4</sup>. It was a view of England after the Glorious Revolution, which found its way into many historical interpretations of

<sup>1</sup> Lord John Russell proposing the motion in the House of Common, 26 Feb. 1828, for the repeal of the Test and Corporation Acts. Parliamentary Debates, N.S. xviii 678–9, in: *Alan Bullock and Maurice Shock, The Liberal Tradition from Fox to Keynes* (London 1956) 9.

<sup>2</sup> See for example, *Peter Gay, The Enlightenment An Interpretation*, vol. 1, *The Rise of Modern Paganism*, vol. 2, *The Science of Freedom* (London 1967, 1969) vol. 1, 11, citing Shaftesbury to John le Clerc, 6 March 1706; *Benjamin Rand* (ed.), *Life, Unpublished Letters, and Philosophical Regimen of Anthony, Earl of Shaftesbury* (1900) 353.

<sup>3</sup> *Voltaire, Letters on England*, translation by *Leonard Tancock* (Harmondsworth 1980).

<sup>4</sup> *Ibid.* 37–41.

the Augustan age. A markedly different view of the English state, society and religion was put forward by J. C. D. Clark in his revisionist *English Society* (1985) in which he argued that the ancien régime state, confessional society and sacred constitution lasted until the repeal of the Test and Corporation Acts (1828) and Roman Catholic emancipation (1829)<sup>5</sup>. His emphasis on continuity in religious attitudes and hostility to Dissent has provided a welcome corrective to the notion of the eighteenth century state as Whiggish and Erastian. A considerable measure of support for Clark's views can be found through studying the Toleration Act of 1689. We find that it was not a principled declaration of the right of religious toleration and of liberty of conscience, rather it was indicative of a constitution in church and state in which toleration for non Anglicans was reluctantly and fitfully conceded. It was not until the reforms of the late 1820s that there was a clear recognition of the secular nature of the state, and acceptance of a pluralist society. The reforms represented a 'seismic shift' in church-state relations<sup>6</sup>, and for the first time made possible a coherent natural law interpretation of the Toleration Act. In what follows, we shall see that the principles enunciated by Lord John Russell, which can be traced back through Joseph Priestley to John Locke, were minority opinions contested throughout the period and only slowly acknowledged in legislation and in the interpretation of the Toleration Act. This is not a study of changing ideas of toleration in the long eighteenth century, although it is hoped that the end result will in many ways be indicative of intellectual change. Rather my focus will be on the changing legal status of Protestant Dissenters<sup>7</sup>. Where possible I shall try to indicate the role of ideas of natural law and natural rights in the interpretation of religious toleration. I say, 'where possible', first, because tracing the influence of ideas on the British mixed system of government is a complicated task and, secondly, because there is no up to date scholarly study of natural jurisprudential ideas in England<sup>8</sup>. Consequently, what follows is in the nature of a sketch rather than a detailed study.

In one view of natural law, as Rommen notes, "the democratic revolution was the first to make its natural law the exclusive law"<sup>9</sup>. However, Britain did not par-

<sup>5</sup> J. C. D. Clark, *English Society 1688–1832 I. Ideology, Social Structure and Political Practice during the Ancien Régime* (Cambridge 1985). Clark notes that in 1831 a Tractarian clergyman complained that with the repeal of the Test Act, religion had become 'so far as the state was concerned, a thing indifferent'.

<sup>6</sup> John Walsh, *Stephen Taylor, The Church and Anglicanism in the 'long' eighteenth century*, in: John Walsh, Colin Haydon, Stephen Taylor, *The Church of England, c.1689–c.1833. From Toleration to Tractarianism* (Cambridge 1993) 61–62.

<sup>7</sup> My focus is on Protestant Dissent because all the key contested issues relating to the meaning of toleration occurred in relation to them. The amelioration of the position of Roman Catholics late in the eighteenth century gave them parity with Protestant Dissenters but did not fundamentally alter the interpretation of the Toleration Act.

<sup>8</sup> This point is made by Peter N. Miller, in his *Defining the Common Good. Empire, Religion and Philosophy in Eighteenth-Century Britain* (Cambridge 1994) 142n. His richly textured study will be an indispensable aid for such a future study.

<sup>9</sup> Heinrich A. Rommen, *The Natural Law. A Study in Legal and Social History and Philosophy* (1936), trans. Thomas R. Hanley (1947, repr. Indianapolis 1998) 222.

ticipate in that revolution even though British radicals contributed to that revolution and even though it proved a continuing inspiration to reformers. As far as toleration was concerned it produced new possibilities both through the separation of church and state, and through the denial of the rights of the church and state over individual consciences. If such notions are viewed as representative of democratic revolutionist views, then individual rights take over from claims for toleration, and toleration ceases to be a matter of grace and favour<sup>10</sup>. Simplistic as this is, it is none the less true that as democracy developed in the nineteenth century and states adopted written constitutions, then the degree of religious toleration available is usually clearly stated and interpretation is subordinate to constitutional principle.

In Britain the principles of the unwritten constitution lie in its interpretation, and the Toleration Act of 1689 provides a clear example of that truth. In contrast to the treatment of the issue of toleration in many of the acts and declarations of the age of the democratic revolution, the Toleration Act was not based on simple and obvious principles, rather it was tailored to the circumstances of the time, and the influence of ideas on the framing and understanding of the act was limited and complex. The act provided the great Whig historian, Thomas Babington Macaulay, an opportunity to reflect on the British Whiggish way of going about things. He wrote: "Of all the Acts that have ever been passed by Parliament, the Toleration Act is perhaps that which most strikingly illustrates the peculiar vices and the peculiar excellences of English legislation ... The perfect lawgiver is a just temper between the mere man of theory, who can see nothing but general principles, and the mere man of business who can see nothing but particular circumstances."<sup>11</sup> For Macaulay knowledge of Adam Smith or of Jeremy Bentham was insufficient for legislation. Legislation for him was not a science but an art, and one at which the English were especially good. The principles they applied were ones developed over centuries, and they give predominance to practice over speculative theory. He enumerated them: "To think nothing of symmetry and much of convenience; never to remove an anomaly merely because it is an anomaly; never to innovate except when some grievance is felt; never to innovate except so far as to get rid of the grievance; never to lay down any proposition of wider extent than the particular case for which it is necessary to provide; these are the rules which have, from the age of John to the age of Victoria, generally guided the deliberations of our two hundred and fifty parliaments."<sup>12</sup>

<sup>10</sup> This transition was encapsulated by Thomas Paine in Part One of the *Rights of Man*, who suggested that "Toleration is not the *opposite* of Intolerance, but is the *counterfeit* of it. Both are despotisms. The one assumes to itself the right of with-holding Liberty of Conscience, and the other of granting it." See *Thomas Paine, Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, ed. with intro by *Mark Philp* (Oxford, New York) 137.

<sup>11</sup> *T. B. Macaulay, The History of England: from the Accession of James II*, in: *The Works of Lord Macaulay Complete*, ed. by his Sister *Lady Trevelyan*, 8 Vols. (London 1866) II 463–464.

<sup>12</sup> *Macaulay, History of England* II 464–465.

Macaulay conceded that the “national distaste for whatever is abstract in political science amounts undoubtedly to a fault. Yet it is, perhaps, a fault on the right side”<sup>13</sup>. Indeed, the very limitations of the Toleration Act “may perhaps appear to be merits” for an act based on correct principles would not have succeeded. In 1689 the English were “by no means disposed to admit the doctrine that religious error ought to be left unpunished”<sup>14</sup>. On the other hand an act whose provisions were “cumbrous, puerile, inconsistent with each other, inconsistent with the true theory of religious liberty” succeeded in removing “a vast mass of evil without shocking a vast mass of prejudice”<sup>15</sup>. In contrast, the Comprehension Bill, which was based on sounder principles than the Toleration Act failed because it was not adapted to “the wants, the feelings and prejudices of the existing generation”<sup>16</sup>.

Although one may detect in Macaulay’s analysis a certain amount of Whig tendentiousness, his account of the Toleration Act was broadly right. Toleration in 1689 was *second best*; the real desire was for a comprehensive church, which would leave only a small body of dissenters outside it<sup>17</sup>. It was the ideal which failed and the reluctant concession of toleration which succeeded<sup>18</sup>. The Toleration Act was not even called that, rather it was an “Act for Exempting Their Majesties Protestant Subjects Dissenting from the Church of England, from the Penalties of Certain Laws”. It offered “some ease to scrupulous consciences” rather than conceding rights of conscience, and it allowed freedom of worship only to Trinitarian Dissenters whose ministers had subscribed to the doctrinal articles of the Church of England<sup>19</sup>. It repealed no statutes, nowhere mentioned toleration, and did not exempt Dissenters from intolerant Caroline legislation, most notably the Test and Corporation Acts, which aimed to exclude Dissenters from corporate, civil and military offices. During the course of the eighteenth century it was modified and liberalised in an ad hoc gradualist manner of which Macaulay would have approved. That process was profoundly pragmatic, but that of course does mean that ideas did not have some influence upon it. It was a process of supplementation through acts, which modified the impact of the Test and Corporation

<sup>13</sup> *Ibid.* 465.

<sup>14</sup> *Ibid.* 465–466.

<sup>15</sup> *Ibid.* 466.

<sup>16</sup> *Ibid.* 468.

<sup>17</sup> It was believed that most Dissenters would opt for comprehension. See G. V. Bennett, ‘Conflict in the Church’, *Geoffrey Holmes* (ed.), *Britain after the Glorious Revolution, 1689–1714* (London, New York 1969) 161–162.

<sup>18</sup> The aspiration for comprehension remained alive in the eighteenth century. Dealt a considerable blow by the failure to reform subscription in 1772 and 1774, it re-surfaced as a feature of the Broad Church movement of the nineteenth century. See my ‘Latitudinarianism at the Parting of the Ways: a Suggestion’, in: *John Walsh, Colin Haydon, Stephen Taylor* (eds.), *From Toleration to Tractarianism: the Church of England c.1689–1833* (Cambridge 1993) 209–227.

<sup>19</sup> 1 Will. & Mary, c.18. See E. N. Williams, *The Eighteenth-Century Constitution, 1688–1815. Documents and Commentary* (Cambridge 1960, repr. 1965) 42–46.

Acts, and of interpreting or re-interpreting the act itself. But it would be misleading to suggest that liberalisation occurred in a painless Whiggish way. Religious toleration was a contentious question throughout the eighteenth century, and initially the act itself was not secure. It had to weather considerable hostility, and to survive attempts to interpret it in a restrictive way and to ensure that penal legislation against Dissenters remained effective.

### Making Toleration Secure

The Tories were split over many things after the Glorious Revolution, but one thing that united them was their defence of the Anglican Church. They were the Church party and the High Tories were distinguished by their adherence to High Church principles. High Churchmen viewed the Toleration Act as endangering the Church. They were surprised by the number of Dissenting meeting houses, which were registered under the act<sup>20</sup>. Equally they were unhappy with the number of Dissenting academies licensed. They were even more alarmed when leading Dissenters used the practice of occasional conformity to gain civic office. In 1697 the then Lord Mayor of London, Sir Humphrey Edwin, frayed High Church tempers by attending his dissenting meeting house in the regalia of his office<sup>21</sup>. For the next two decades a bitter fight would be waged over the status of Dissent, with assaults on their respectability and political virtue being used to undermine toleration. These hostile ideas did not go away. Indeed, they were recognised though not endorsed by John Locke<sup>22</sup>. Yet in relation to toleration they were defeated. Although they remained as powerful prejudices and barriers to the open extension of toleration, their underlying view of the nature of the state and of toleration as barely tolerable was defeated. The lower Clergy caused so much trouble in the Lower House of Convocation that in 1717 it was suspended and did not meet again until 1847. As J. A. W. Gunn points out, "ecclesiastical policy was not thereby settled". The notion that the constitution was not essentially secular but was a constitution "in church and state" was contested by Dissenters yet remained predominant<sup>23</sup>. In the eighteenth century the church-state relationship

<sup>20</sup> From 1691–1710 no less than 2536 meeting places were licensed. *G. V. Bennett, Conflict in the Church*, in: *Holmes* (ed.), *Britain after the Glorious Revolution* 163.

<sup>21</sup> *Michael R. Watts, The Dissenters from the Reformation to the French Revolution* (Oxford 1978) 265; *Roger Thomas, Presbyterians in transition*, in: *C. G. Bolam, Jeremy Goring, H. L. Short, Roger Thomas* (eds.), *The English Presbyterians. From Elizabethan Puritanism to Modern Unitarianism* (London 1968) 123.

<sup>22</sup> See *J. A. W. Gunn, Beyond liberty and Property. The Process of Self-Recognition in Eighteenth-Century Political Thought* (Kingston, Montreal 1983) 44–45.

<sup>23</sup> *Ibid.* 56–57. Gunn cites the important defence of Dissent by Micaiah Towgood, which indicated that Dissenters were willing to accept the Church as an essential element in the constitution but they disputed its co-ordinate status with the state. Towgood's *Dissent from the Church of England Fully Justified . . .*, was first published in 1746 and was regularly republished during the rest of the century and the early nineteenth century, and significantly when

might be interpreted in different ways ranging from an alliance or partnership to that of an essential unity. Both of these polarities, however, were in different ways and in differing degrees antithetical to the mature Lockean view, which became so dear to the Dissenters, that civil interests concerned “things of the body not of the soul”, that citizens naturally shared certain “civil interests”, and that religious toleration should be the norm<sup>24</sup>. The notion of the church-state as an alliance, however, allowed Dissenters toleration as lesser subjects. In contrast, the High Church view, which remained remarkably resilient, surviving well into the nineteenth century, found Dissent barely tolerable<sup>25</sup>. At the beginning of the eighteenth century its champion, Henry Sacheverell was unremittingly hostile towards Dissent. In a sermon of 1702, entitled *The Political Union: a Discourse shewing the Dependence of Government on Religion in General: and of the English Monarchy on the Church of England in Particular*, he suggested that “religion is the grand support of government, that the peace, happiness and prosperity of the secular and civil power depends upon that of the spiritual and ecclesiastical ... both ... sharing the same fate and circumstances, twisted and interwoven into the very being and principles of each other”<sup>26</sup>.

It followed from this view that dissenters from the Church of England were not only dangerous religious schismatics but also enemies of the state. In 1709 he took the opportunity of a November fifth sermon before the city of London to spell out his views in violent terms. He was subsequently impeached. The Whigs, who were responsible for the impeachment, won a hollow victory. Sacheverell’s sermon, *The Perils of False Brethren, both in Church and State*, was suppressed and he was forbidden to preach for three years.

At the outset of the impeachment, Montagu, the Attorney General attacked the distinction between toleration and indulgence as a piece of sophistry which had enabled Sacheverell to argue that an indulgence had been granted to the Dissenters, but that toleration had not been granted by law. He reminded Sacheverell that Queen Anne in her speech from the throne on 17 December 1705 had been “pleas’d to declare, That she would inviolably maintain the Toleration”<sup>27</sup>.

the issue of toleration was being debated in Parliament – as in 1779 (the fifth edition) and 1787 (the sixth edition). Eight editions were published between 1798 and 1816, which indicates that the Dissenters continued to adhere to traditional claims for toleration rather than those of the Painite radicals. In particular, it is worth noting that Towgood favoured a more comprehensive established church, which would “admit the moderate Dissenters”. Dissent from ... (fifth edn., London 1779) 77–78.

<sup>24</sup> See Alan P. F. Sell, John Locke and the Eighteenth-Century Divines (Cardiff 1997) ch. V, Toleration and Government 151–184, and Stephen Macedo, In defence of Liberal Public Reason: Are Slavery and Abortion Hard Cases?, in: Robert P. George, Christopher Wolfe (eds.), Natural Law and Public Reason (Washington, DC 2000) 19.

<sup>25</sup> Gunn, Beyond liberty and Property 182–185.

<sup>26</sup> Geoffrey Holmes, The Trial of Dr. Sacheverell (London 1973) 51.

<sup>27</sup> A Compleat History of the Proceedings of the Parliament of Great Britain Against Dr. Henry Sacheverell: with his Tryal before the House of Peers, for High Crimes and Misdemeanours (London 1710) 37.

In following his superior in justifying the articles of impeachment, the Attorney General's adjutant, Nicholas Lechmere, argued in relation to Article 2, which concerned the Toleration Act<sup>28</sup>: "the Commons crav'd leave to observe, that the Independent Power, or Jurisdiction of the Church, or of ecclesiastical Judges ... stood in utter Defiance and Contradiction of Magna Charta, and the Laws of the land; was destructive of the Legal Supremacy of the Crown and Legislature, a violation of the Oath of Supremacy, contrary to the principles of the Reformation, and the Doctrine and Interest of the church of England ..."<sup>29</sup>.

Although Lechmere and subsequently Stanhope defended the revolution in general as well as specific terms, upholding a contractarian notion of authority and the right of resistance, other Whigs were much more circumspect in defending the Glorious Revolution. And no one took the opportunity to defend toleration solely in Lockean terms. Sir Peter King sought to demonstrate that Sacheverell was not simply attacking toleration and liberty of conscience generally, as he tried to maintain in his defence, but the Toleration Act in particular. He used Sacheverell's own statements to convict him, proving that he attempted to undermine the toleration legally established in 1689, but also by implication was undermining the whole notion of the royal supremacy the church. The act was justified by King as a permanent fixture necessary for the nation's well being<sup>30</sup>.

If the supporters of Sacheverell did not win the argument, for Sir Simon Harcourt, his gifted counsel for the defence, was obliged to defend what was a conservative Whig argument in favour of the right of resistance in cases of extreme necessity<sup>31</sup>, they ensured that in the future Whig politicians for the most part would defend the Revolution settlement in particular terms and toleration would be viewed as a matter of expediency and not in terms of the recognition of essential rights. Indeed, so long as the rage of party continued they were prepared to trade off toleration for political advantage, as when in 1711 they made an alliance with Nottinghamite Tories against the Tory government as a means, they hoped, of defeating the ministry and its proposals for peace in the war of Spanish Succession. In so doing they supported a bill suppressing occasional conformity, a

<sup>28</sup> Article II impeached Sacheverell for claiming, "That the aforesaid toleration, granted by the Law is unreasonabale, and the allowance of it unwarrantable", and asserting, "That he is a False Brother with Relation to God's Religion, or the Church, who defends Toleration and Liberty of Conscience ...". Ibid. 13. Lechmere had played an important role in ensuring that Sacheverell was impeached for attacking the Toleration Act. *Holmes*, Trial of Dr. Sacheverell 98.

<sup>29</sup> A Compleat History of the Proceedings of the Parliament of Great Britain Against Dr. Henry Sacheverel ... 45; *Holmes*, Trial of Dr. Sacheverell 132-33.

<sup>30</sup> *Holmes*, Trial of Dr. Sacheverell 143-146. King inter alia demonstrated that the act of 1689 was commonly regarded as the Toleration Act, even though it was not officially called that.

<sup>31</sup> *Holmes*, Trial of Dr. Sacheverell 182-188; *J. P. Kenyon*, Revolution Principles. The Politics of Party, 1689-1720 (Cambridge 1977) 138. Harcourt was educated at the Dissenting Academy at Shilton, Oxfordshire. *Holmes*, op.cit. 139n.

measure, which they had opposed earlier in the reign<sup>32</sup>. In all this, amongst leading politicians only Nottingham, a proponent of comprehension, was consistent; he was in favour of limited toleration. Yet the Occasional Conformity Bill proved to be a prelude to a High Tory assault on toleration. In 1714 a bill, appropriately entitled the Schism Bill, was passed which aimed to suppress dissenting schools and academies. Nottingham opposed it, defending the natural right of parents to educate their children<sup>33</sup>, and the Whigs were forced to defend, as in 1709, the principle of toleration, fully aware that in so doing they were defending their Dissenting power base in the constituencies<sup>34</sup>. Providence was on the side of the Dissenters, for Queen Anne died on the day the act was due to come into force. It was never fully implemented, and was eventually repealed in 1718/19. Yet this only underlined the Whig attachment to caution and expediency. They had shown that they were prepared to abridge the existing degree of toleration rather than extend it and for the most part they fought shy of general principles. In future they treated the issue with the utmost circumspection. The last thing they wanted was a revival of the Church party. The result was that every single parliamentary debate on the issue of toleration for the rest of the century was won or lost on the basis of expediency.

The last eighteenth-century statesman to be prepared to make fundamental changes to religious toleration was General Stanhope, subsequently first Earl Stanhope. His death in 1721 ended hopes of real change. Stanhope was prepared to look at the logic of ideas and consider implementing them. During the debates on the Schism Bill, the Tories suggested that what was all right for the Catholics should be all right for Dissenters. The natural human right of educating one's own children defended by Nottingham was in fact denied to Roman Catholic parents, so, "on the principle that two blacks make a white", the Tories argued that the same should apply to Dissenters. This led Stanhope to reverse their perverse logic and suggest that there should be some relaxation of the laws against Papist education. It was, as Trevelyan notes, "the first sign of the later liberal view of the Whig party on Catholic disabilities"<sup>35</sup> and remarkable in its way given that anti-Catholicism was at this time a not only defining feature of Whiggism but also of the state<sup>36</sup>. None the less

<sup>32</sup> The Whigs had opposed bills designed to prevent occasional conformity in 1702, 1703 and 1704.

<sup>33</sup> G. M. Trevelyan, *England under Queen Anne*, 3 vols. (London, New York, Toronto 1930–1934) vol. III, *The Peace and the Protestant Succession* 282.

<sup>34</sup> They turned down a deal with the Tories by which the bill would have been dropped in return for one disenfranchising Dissenters. Trevelyan, *The Peace* 280.

<sup>35</sup> Trevelyan, *The Peace* 280–284. It is not intended to suggest here that the Schism Bill was purely an issue of rival ideologies. It was a politically partisan measure intended by Bolingbroke to erode the standing of Robert Harley, Earl of Oxford. See Harry Thomas Dickinson, *Bolingbroke* (London 1970) 124; Sheila Biddle, *Bolingbroke and Harley* (London 1975) 277–278.

<sup>36</sup> See Colin Haydon, *Anti-Catholicism in Eighteenth-century England, c. 1714–80. A Political and Social Study* (Manchester 1994).

as far as the immediate future was concerned, the best that could be hoped for was stabilisation of the situation under the Toleration Act rather than a significant liberalisation of its parameters. This is what happened in 1718. Stanhope's aspiration for more radical measures were defeated, which provided a reminder to future statesmen that Parliament was, and would be, deeply suspicious of any measures which might be construed as undermining the established church. From 1718, however, there would be no further assaults on the Toleration Act<sup>37</sup>. At the same time, ameliorative measures were passed which eased the situation of the Dissenters and which in part were intended to sap their desire for fundamental improvements in their position.

### Ameliorative legislation:

In 1719 an act "for Quieting and Establishing Corporations" was passed which altered the requirement that members of corporations should be sacramentally qualified before taking municipal office to a requirement to qualify within six months of taking office. The election of sacramentally unqualified persons to office ceased to be 'void' but was only 'voidable'. If they remained in office in that period without legal action being taken against them then they became secure in the possession of their office. If action was taken, the office holder was simply expelled from office<sup>38</sup>. On the other hand, those who failed to qualify sacramentally for office under the Test Act were liable to a fine of £500 and disabling penalties<sup>39</sup>. There was no time limit to when they might be prosecuted. Amelioration occurred mainly for practical reasons and not specifically to relieve Dissenters. By the act, officeholders were required to qualify sacramentally within three months of accepting office<sup>40</sup>. That was modified in 1746 to six months<sup>41</sup>. In the meantime,

<sup>37</sup> See *R. B. Barlow, Citizenship and Conscience. A Study of the Theory and Practice of Religious Toleration in England during the Eighteenth Century* (Philadelphia 1962) 70–71. The bill, which repealed the Occasional Conformity and Schism Acts initially included a clause, which might have nullified the sacramental test stipulated in the Corporation and Test Acts. It required Dissenters who wished to qualify sacramentally for office to give written notice of presentation at a particular time on a particular day to take the sacrament. If the clergyman either did not turn up or refused to administer the sacrament, then the notice of intention to take the sacrament would be accepted in place of the sacramental qualification. This was fiercely resisted by the episcopate, and the Archbishop of Canterbury justified sacramental qualification as a being in "the interest of state to bring men as far to an union in the church establishment as might be". Occasional conformity was preferable to complete non-conformity.

<sup>38</sup> 5 Geo. I. c.6. See *Barlow, Citizenship and Conscience* 74–75. The act stated that if action were to be taken against the sacramentally unqualified it must proceed swiftly, the aim being to prevent festering disputes.

<sup>39</sup> They were disabled from being able to sue in any court, being a guardian, executor, taking any legacy or deed of gift, or accepting any office in England.

<sup>40</sup> In Queen Anne's reign an exception was made for Dr. Henry Newton who was appointed to the office of Master of St. Catherine's Hospital, London, while he was serving abroad as an

some of the sting had been taken out of the act by indemnity acts. These were passed initially at the beginning of the reigns of George I and George II to allow extra time for office holders to take the relevant oaths to qualify for office, but they soon became a more permanent feature although not annual until 1758<sup>42</sup>. It is far from clear how far Dissenters availed themselves of these acts, although there is evidence that at least in the mid century they kept a close watch on the wording of the acts to ensure that they were not framed in ways potentially prejudicial<sup>43</sup>. Yet the situation was complicated and one wonders how many dissenters understood their own legal situation in all its details. When later in the century they came to campaign for the repeal of the Test and Corporation Acts, the first thing they did was seeking advice from legal counsel to discover the degree of protection which they afforded them<sup>44</sup>. What at least is clear, is that Dissenters were not prevented by the acts from taking an active part in municipal politics. Indeed, "religion was important as a focus of political rivalry in about forty constituencies"<sup>45</sup>. Dissenters also played an important civic role in the growing new towns such as Birmingham and Manchester, which lacked corporate status.

Generally speaking the Dissenters in the age of George I and especially George II could feel that they would be protected from any serious persecution. The good will of the government was indicated in 1723 with the creation of a royal fund, the *Regium Donum*, to help indigent widows of dissenting ministers. Initially it was worth £500 and was subsequently augmented to £1,000; it carried with it no strings and it was administered by the Dissenters themselves<sup>46</sup>. This was approved

Envoy Extraordinary to the Grand Duke of Tuscany. He was given three months to qualify from the moment he returned. Samuel Heywood suggests that herein may have been the germ of an idea for general indemnifying statutes allowing extra time to qualify for office at the beginning of George I's reign and again in 1726 for those serving on board the fleet or "beyond the seas" (13 Geo. I. c.39) In the latter instance, the three month period was clarified as being calendar not lunar months. Clause III of the act offers a general indemnity to all office holders who had failed to qualify for office, for it applied to "all and every persons ... in the actual possession of any office or employment, civil or military". Samuel Heywood, *The Right of the Protestant Dissenters to a Compleat Toleration Asserted* (London 1787) 44, 47.

<sup>41</sup> Heywood, *The Right* 56-57.

<sup>42</sup> The first Indemnity Act was passed in 1714, the second in 1726 (13 Geo. I. c.39), that is before the death of George I. See note 40 above. At any rate it was followed on the accession of George II by another indemnity act (1 Geo II. st.1, c.V) which gave the same extension date as 13 Geo I. c.39, namely 28 Nov. 1727, and that date was late extended another year to 28 Nov. 1728 (1 Geo. II. st.2, c.23). Heywood, *The Right* 47; N. C. Hunt, *Two Early Political Associations. The Quakers and the Dissenting Deputies in the Age of Sir Robert Walpole* (Oxford 1961) 122; Barlow, *Citizenship and Conscience* 73-75; K. R. M. Short, *The English Indemnity Acts, 1726-1867*, in: *Church History* 42 (1972) 366-367.

<sup>43</sup> City of London Record Office, Guildhall MSS 3083, vol. I 333, also 347-348, 371, 427-428.

<sup>44</sup> Thomas W. Davis, *Committees for Repeal of the Test and Corporation Act. Minutes 1786-90 and 1827-8* (London 1978) 8-15.

<sup>45</sup> Harry Thomas Dickinson, *The Politics of the People in Eighteenth-Century Britain* (London 1994) 55.

<sup>46</sup> B. L. Manning, *The Protestant Dissenting Deputies* (Cambridge 1952) 22.

of by Walpole who had opposed the repeal of the Occasional Conformity and Schisms acts. His aim in his relations with the Dissenters was to do as much possible to keep them quiescent, and as little as possible to alter the existing framework of toleration. This meant assisting Dissenters in fighting local Anglican attempts to apply the full weight of the law against them. The most famous example of this was George II's intervention to prevent a prosecution proceeding against Rev. Philip Doddridge, the highly respected Dissenting minister and teacher, who kept an academy at Northampton. He had refused to qualify himself under the toleration act as a minister and teacher by subscribing to the doctrinal article of the Thirty-Nine articles<sup>47</sup>. For their part, the Dissenters were aware of the need to organise to protect and further their position. In 1732, they formed the Protestant Dissenting Deputies in and around the City of London. From the late 1730s they employed a solicitor to attend "any affairs in Parliament that may affect or relate to the Dissenters" and that ensured that existing laws were not surreptitiously tightened, and that, at the parish level, Dissenters were as far as possible protected from the popular prejudice and the obstructive activities of local squires and clerics<sup>48</sup>.

Generally speaking, Dissenters in the reign of George II were reasonably satisfied with their lot, and reasonably deferential even when seeking to change it. Their leaders accepted what they believed to be "freedom of religion in subordination to the civil power", a freedom which was not "inconsistent" with a "public establishment" of religion<sup>49</sup>. It was for Dissenters, "a golden age in comparison with former times"<sup>50</sup>. Although they had wanted the repeal of the Test and Corporation Acts, and petitioned Parliament twice, in 1736 and 1739 they accepted defeat with relatively good grace while ensuring that they defended their position as best they could. They knew that many of the Anglican clergy were deeply resentful of Dissent. They knew the dangers of local hostility and to a considerable degree understood the caution of the Whig politicians.

H. T. Dickinson has remarked that in religious terms Britain in the eighteenth century was "already a pluralist society". But it was not until the nineteenth century that the established Church of England began to adjust to that reality, and throughout the eighteenth century, it "almost always felt itself in danger"<sup>51</sup>. Equally politicians fought shy of championing a pluralist society<sup>52</sup>. The Whigs

<sup>47</sup> *Watts*, *The Dissenters* 264, note that the prosecution was brought by the chancellor of the Diocese of Peterborough in 1733.

<sup>48</sup> A Sketch of the History and Proceedings of the Deputies appointed to Protect the Civil Rights of the Protestant Dissenters (London 1813) 127, 131, 133.

<sup>49</sup> *Daniel Neal*, *The History of the Puritans or Protestant Nonconformists, from the Reformation ... to the Act of Toleration under King William and Queen Mary*, 4 vols. in 2 (2nd edn. corrected, London 1754) II, xvi-xvii, cit. *C. Brindenbaugh*, *Mitre and Sceptre, Transatlantic Faiths. Ideas, Personalities, and Politics, 1689-1775* (New York 1962) 49.

<sup>50</sup> *George Benson*, *A Collection of Tracts* (London 1753) 251ff., cit. *Barlow*, *Citizenship and Conscience* 111.

<sup>51</sup> *Politics of the People* 5-6.

<sup>52</sup> *Gunn*, *Beyond liberty and property* 50.

had learnt the lesson of Queen Anne times, and sought to assure the Church of its support, not on Sacheverellite terms, but on terms, which saw it as an indispensable ally of the state. This was finely articulated by William Warburton in his *The Alliance between Church and State*, a work, which came to be seen by Dissenters as representing a formidable influence on thinking on toleration in the mid century<sup>53</sup>. Indeed it was published in 1736, an apposite moment for rebutting Dissenting claims for the repeal of the Test and Corporation Acts. Unlike the defenders of High Church notions of the state, Warburton began with premisses which were unexceptionable to Dissenters, yet he went on to defend the established church and the Test Act. It was, he argued, in the essential nature of religion that it was sovereign, independent and without coercive powers; and that civil society, in contrast, "attains the Good for which it was ordained by the Sole Means of coercive Power"<sup>54</sup>. The two polities served different ends and used different means to attain them. But far from offering an argument for the separation of church and state, Warburton went on to suggest that neither civil nor religious society could effectively attain those ends without the assistance of the other. Laws could only provide against "an open violation of Right", and then not in all cases, and they could not conveniently take cognizance of "duties of Imperfect Obligation" such as gratitude, hospitality and charity, and, with the formation of civil society, "Love of country"<sup>55</sup>. Civil Society, moreover, could punish the transgressor, but could not reward the obedient<sup>56</sup>. Thus, Warburton argued, that as religion alone could "supply the sanction of rewards, which society wants and has not, religion is absolutely necessary to civil government"<sup>57</sup>. Religion, for its part, required the assistance of civil society for its establishment, preservation and regulation<sup>58</sup>. The solution was for religion to resign its natural independence and to conclude a mutually beneficial alliance with the state; in return for its protection, the church would "apply its utmost influence in the service of the state"<sup>59</sup>. This was not simply a marriage of convenience, but one that could be justified in Christian terms for Warburton believed that "common Utility and truth, as all men may see, do necessarily coincide":

"But of whatever Use an Alliance may be thought for preserving the Being of Religion, the Necessity of it for *preserving its Purity* is most evident. For if Truth and public Utility coincide, the nearer any Religion approaches to the Truth of Things, the fitter that Religion is for preserving Civil Society. – That they do co-

<sup>53</sup> Peter N. Miller, *Defining the Common Good. Empire, Religion and Philosophy in Eighteenth-Century Britain* (Cambridge 1994) 300.

<sup>54</sup> William Warburton, *The Alliance between Church and State: or the Necessity ... of an Established Religion and a Test Law Demonstrated* (2<sup>nd</sup> edn. London 1741) 40–44.

<sup>55</sup> *Ibid.* 6–7, 9.

<sup>56</sup> *Ibid.* 13–16.

<sup>57</sup> *Ibid.* 16.

<sup>58</sup> *Ibid.* 37.

<sup>59</sup> *Ibid.* 72–3.

incide, may be demonstrated on any Principles but the Atheistic, and therefore we think it needless in this Place to draw out the Proof in Form."<sup>60</sup>

Warburton described the relationship as an alliance in terms which were able to draw support from those in the High Church tradition as well as from Whiggish churchmen<sup>61</sup>. If in a practical sense the dominant partner was the state and the essence of the arrangement was that the church was established on the basis of civil utility, the 'alliance' protected the doctrine of the church by means of the test law, and in effect gave the church a crucial say in deciding whether liberalisation of toleration should occur. In the absence of Convocation that meant Parliament, and since clerics were not allowed to sit as M. P.'s, it meant the bishops in the House of Lords<sup>62</sup>. The bishops, with few exceptions, were prepared to keep the prejudices of their clergy against Dissenters under control, but they were not prepared for any concessions to them.

As far as the politicians were concerned there is considerable continuity during the reigns of George II and George III. Even when thinking about toleration was changing fairly rapidly in the late eighteenth century, protection of the sensibilities of the church remained a vital consideration. In 1736 and 1739 Walpole had fended off the Dissenting attempts for the repeal of the Test and Corporation acts. Along the way, he did his best to offend them as little as possible as they were supposed to be the natural allies of the Whigs. In the debate in 1739, however, when many Tories had temporarily withdrawn from the House of Common, and when therefore the Dissenters could expect a good showing, Whigs, who would normally have supported the Dissenters firm in the knowledge that they would be defeated, were forced to show their real hand and vote the measure out. Walpole, the proponent of the sovereignty of parliament, cynically used the argument that "in the absence of so many true friends of the church" they were obliged to "consider what was the opinion of people outdoors, especially the church"<sup>63</sup>. So the Whigs happily voted against their consciences to preserve the political peace. But if they offended against one strand in natural law thinking which centred on the sovereignty of the individual conscience, their actions were in accord with the pruden-

<sup>60</sup> Ibid. 57-9; it should be noted that Warburton's view is essentially Christian in that the Jews, he argues elsewhere, did not need the doctrine of future rewards and punishment for they were a people under divine dispensation. See *B. W. Young*, *Enlightenment in Eighteenth century England. Theological Debate from Locke to Burke* (Oxford 1998) 177-179.

<sup>61</sup> See *Clark*, *English Society* 139-41. I follow Clark in accepting that in his view of church-state relations, Warburton "did not suppose himself to be defending a subservient position", although, as Stephen Taylor has demonstrated, Warburton's position was more idiosyncratic than previously thought. See his, *William Warburton and the Alliance of Church and State*, in: *Journal of Ecclesiastical History* 43, no. 2 (1992) 271-286.

<sup>62</sup> Warburton argued that a test law was justified to prevent natural sectarian "zeal for opinion" being "out of measure inflamed by Envy and Emulation". In fact, despite defining the separate spheres of church and state, he did concede that there was an inherent power in the state to protect the fundamentals of natural religion: '*The being of a GOD, - his PROVIDENCE over human Affairs, - and the natural essential difference of MORAL GOOD and EVIL*' (*Alliance* ... 23, 118-119, 142-143).

<sup>63</sup> *N. C. Hunt*, *Two Early Political Associations* 159.

tial aspect of the tradition which emphasized, in Warburton's words, the "public Good, the Peace of Civil Society, the avoiding Disorder, and stifling the Seeds of Chicane and Progress"<sup>64</sup>.

It would be some fifty years on before the Dissenters tried again for the repeal of the acts, but they ran into exactly the same sort of arguments from the government. In the interim there were, in the 1770s, campaigns for the reform of clerical and Dissenting subscription to the Thirty Nine articles. These were issues, which related to clergymen rather than the laity but the views of the majority in the debates were familiar. Although High Church notions of the relationship of church and state were always found expression in the debates, it was essentially Warburtonian expediency, which decided the issue. Such notions were well expressed by Hans Stanley, M.P. for Southampton, in the debate on the clerical petition in 1772.

"The church has established 39 articles of faith, and I pay them all due respect. But still I have in my creed a fortieth article, in my estimation as important as any of them; and that is public peace."<sup>65</sup>

The dominant view was that the public good was best served by keeping the Dissenters firmly in their place. Every time change was discussed, the spectre of puritanism and sectarian zeal was raised. The Prime Minister, Lord North, was anxious to discourage religious controversy, for it was a "many headed hydra" not to be awoken at any price<sup>66</sup>. He won the day in parliament, but he could not prevent the hydra re-emerging in the shape of a vigorous debate on toleration. Indeed it was partly a result of that debate and the feeling that they were living in the most enlightened age known to man, that Dissenters decided to apply for the repeal of the Test and Corporation Acts. They were hopeful that William Pitt the Younger, would support them in part because many had supported him in the acrimonious general election of 1784, and partly because they saw him as a reformer who would look on their intellectual case for repeal with sympathy. Earl Stanhope in his biography of Pitt suggested that he was indeed favourably disposed but added crucially, that he would support their claims "if he could do so with the assent of the Church of England"<sup>67</sup>. At any rate, a meeting of bishops was held at the request of Pitt, and their views communicated to him. The overwhelming majority were against change, only two bishops were prepared to support repeal<sup>68</sup>. In the debate on repeal, Pitt pandered to those who feared the consequences of allowing Dissenters civic parity: "Were we to yield on this occasion, the fears of the members of the Church of England would be roused, and their apprehensions are not to be treated lightly. It must, as I contend, be conceded to me that an Estab-

<sup>64</sup> Warburton, *Alliance . . .*, cit. Peter N. Miller, *Defining the Common Good* 301–302.

<sup>65</sup> William Cobbett, *The Parliamentary History of England from the Earliest Period to the Year 1803* (London 1813) XVIII 261.

<sup>66</sup> *Parliamentary History*, XVIII 269–70.

<sup>67</sup> Earl Stanhope, *Life of the Right Honourable William Pitt*, 4 vols. (London 1861) I 336–37.

<sup>68</sup> Archbishop Moore called a meeting of the bishops on 10 Feb. 1787. 14 voted against repeal, 2 for it. Richard Watson, *Anecdotes of the Life of Richard Watson, Bishop of Llandaff . . .*, 2 vols. (2<sup>nd</sup> edn. London 1818) 261–62.

lished Church is necessary. Now there are some Dissenters who declare that the Church of England is a relic of Popery; others that all Church Establishments are improper. This may not be the opinion of the present body of Dissenters, but no means can be devised of admitting the moderate part of the Dissenters and excluding the violent; the bulwark must be kept up against all."<sup>69</sup>

It now takes some stretch of imagination to understand why it was felt that the church establishment would be endangered if Dissenters were allowed to take municipal and civic offices without taking the sacrament according to the Anglican rites. There were, it is true, many in the church who still felt that the bond between church and state was so intimate that it should not be interfered with, that society was divinely ordained and that an established church was indicative of the religious nature of the organic bond. This was not, however, Pitt's position. His attitude was Whiggish and he could contemplate change. What he discovered was that the bishops were not willing to abandon a power which was profoundly symbolic, and which signified that Dissent was second best, and that Dissenters could not be first class citizens if they did not conform to the state's religious partner. Had the Dissenters been supported by a majority of M. P.'s, then Pitt might have thought otherwise. Although they had substantial support, it required the advocacy of the Prime Minister to give them a chance of victory. Indeed, when the Dissenters persisted in their campaigning for repeal, Pitt ensured that they would be completely crushed by moving for a Call of the House in February 1790. This was a device to ensure that all M. P.'s turned up for the debate unless they had good reason. So in March 1790 the Dissenters were duly rebuffed with backbenchers showing their prejudices against those whom they saw as the heirs of the Roundheads of the seventeenth century<sup>70</sup>. By then Burke had published his *Reflections on the Revolution in France* making the connection clearly enough between the late eighteenth century Dissenting Patriots and the regicides of the 1640s. With the French Revolution well under way, the 'hurricane season' had arrived in Britain, and Parliament set itself against reform<sup>71</sup>.

In the next two decades only the Roman Catholics gained significant improvements in their position, and that partly to enable them to serve in the armed services. However, the intellectual tide turned slowly in favour of Dissenters. Despite all the fears, they had not proved disloyal citizens. At the same time the ascendancy of the Anglican church had been eroded by the great increase of evangelical dissent most notably the Methodists, creating a new situation and new tensions. Although there was a great measure of continuity in the Government's attitude towards Dissent, the reliance on prudential natural law style arguments to preserve the status quo allowed for the reappraisal of the situation for Roman Catholics

<sup>69</sup> Stanhope, *Life of William Pitt* I 337.

<sup>70</sup> See G. M. Ditchfield, *The Parliamentary struggle over the repeal of the Test and Corporation Acts, 1787-1790*, in: *English Historical Review* 89 (1974) 551-557.

<sup>71</sup> Burke wrote on 14. March 1790, "if ever there was a time peculiarly unfavourable to any alteration in any thing which touches Church or State, it is this Moment". *Correspondence of Edmund Burke*, vi, 101-02, cit. *Ditchfield, The parliamentary struggle ...* 172.

and then for Dissenters. The latter were well aware of the power of the appeal to *prudence*. In making their case for the repeal of the Test and Corporation Acts, besides claiming, as one would expect, the rights of individual conscience, they reminded the government that they, the Dissenters, were good citizens and were not hostile to the established church<sup>72</sup>. Indeed, it can be suggested that they deployed effectively key elements of natural law thinking, namely the concern to protect “the rights of individuals” and to provide “*legitimation for communities*”<sup>73</sup>. The arguments, which Dissenters had developed during the course of the century, and the practical measures they had taken to defend their position, would finally take affect.

### Dissent and the Law

R. B. Barlow has asserted that the Toleration Act was not secure until 1718. That is I think true if one sees it primarily in terms of conferring the freedom of worship on orthodox Dissenters, and as we have seen, it was true in the sense that it was seen as permanent. It was much less true if one considered the rights of dissenters as citizens. Indeed, it is false to assume that the Act conferred upon them secure status as citizens, even if of the decidedly second class variety. It comes as something of a shock to discover that the eminent jurist, Sir William Blackstone, in his *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769), agreed with Sacheverell as portraying Dissent as an offence against the established church. It is a shock because one associates Blackstone with the attempt to demonstrate the rational basis underlying common law. However, as Michael Lobban has shown, he was far from consistent in applying natural law theorists. For Blackstone there was no right of appeal beyond the sovereign to natural law. He could find no justification for resistance at the time of the Glorious Revolution, which he described as an abdication. His emphasis on obedience to the sovereign (in England, Parliament) was such that the law of Parliament could not be resisted even if it were contrary to the law of nature. Conscience was only a rule of private morality and provided no authority to challenge the laws of the state. Law was a matter of social utility and it ought to be obeyed. In this context we can see how Blackstone would take a dismal view of dissent, including religious dissent<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> See The Case of the Protestant Dissenters with Reference to the Corporation and Test Acts, in: *Gentleman's Magazine*, March 1787, 238–240. The Dissenters pointed out that the established church had existed long before the Test and Corporation Acts, and that no other Reformed church applied a sacramental test “as a qualification for civil employment and advantages”.

<sup>73</sup> T. J. Hochstrasser, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment* (Cambridge 2000) 21–22.

<sup>74</sup> For all this, see Michael Lobban, *The Common law and English Jurisprudence 1760–1850* (Oxford 1991) 28–33. I am grateful to Dr. Tim Hochstrasser for drawing my attention to this work. W. S. Holdsworth, in his *A History of English Law*, cites E. D. Glasson's view, from his *Histoire du Droit et des institutions ... de l'Angleterre*, that Blackstone's opening chapters of

In Chapter IV of the fourth volume of his *Commentaries*, Blackstone described non-conformity as a negative offence against the established church. While accepting that “persecution and oppression of weak consciences” was highly unjustifiable upon every principle of natural reason, civil liberty, or sound religion” and that the non-conformists had been shown “a very just and christian indulgence”, he argued that a clear distinction between “toleration and establishment” ought always to be made. He believed that the Test and Corporation Acts were justifiable. Yet there was a good deal of ambivalence in the rest of his remarks. On the one hand he accepted that “the sin of schism as such, is by no means the object of temporal coercion and punishment”, on the other, he suggested that Protestant Dissent had been more threatening to the established church than Roman Catholicism, questioned the veracity of their Dissent (“many of the dissenters [divide from us] upon matters of indifference, or, in other words, upon no reason at all”), and declared, “it may with justice be questioned, whether the spirit, the doctrines and the practice of the sectaries are better calculated to make men good subjects”. Thus the Toleration Act was acceptable only in the sense that it gave Protestant Dissenters the right to worship separately; if schism was not a crime, punishable in its own right, nonconformity was a negative offence against the Church of England, which required the protection of the law<sup>75</sup>.

While Blackstone was writing his *Commentaries*, a case which concerned the status of Dissent was finally resolved. This was the case of Allen Evans. The Corporation Act had intended to exclude Dissenters from taking corporate office by insisting that they should take the sacrament in the Church of England in the year prior to taking office. However, conscientious Dissenters who refused to qualify in this way, but who were voted into office, could be fined for refusing to take office<sup>76</sup>. Despite the Toleration Act, this practice was upheld in the case of *Rex & Regina v. Larwood* in 1694. Dissenters, in other words, had no legal status. They had no defence against the fining of conscientious Dissenters who refused to qualify sacramentally. The attractions of the practice as a means of swelling the coffers of corporations are obvious. In the 1730s the city of London decided to create a special fund from such fines for the building of a new mansion house. In no time at all they had raised some £20,000. The Dissenters had stayed their hand in the hope of procuring the repeal of the Test and Corporation Acts. Failing in both attempts in 1736 and 1739, they naturally had course to litigation. Despite minor victories the city continued the practice reinforcing it with a new bye law and collected in another £15,000. The Dissenters had little option but to go to law again. In 1754 three Dissenters, Sheafe, Streatfield and Evans, refused to serve and ref-

the *Commentaries* indicate that he had copied Grotius “word for word from Burlamaqui”. See *J. C. D. Clark*, *English Society* 209.

<sup>75</sup> *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols. (Oxford 1765–1769) vol. IV (1769) ch. 4, art. III 50–59.

<sup>76</sup> *Watt*, *The Dissenters* 223–224, notes that the practice began amongst some unscrupulous corporations after the passage of the Corporation Act, 1661.

used to pay the fine. Streatfield did not come within the jurisdiction of the Sheriff's court, but Sheafe and Evans were prosecuted. Judgement went against them in 1757 and in 1759, but in 1762 they won their case in the *Court of St. Martin's*. The city then appealed to the House of Lords. Sheafe then died, and Evans only just survived the final judgement of Lord Mansfield in 1767<sup>77</sup>.

When in 1760s the case began to go the way of Sheafe and Evans, natural law arguments played their part in securing a favourable outcome. In the judgement of 1762, Mr. Justice Bathurst, citing Pufendorf and Burlamaqui, argued that it was contrary to natural law to fine Dissenters for failing to fulfil an obligation, which they were disabled from performing<sup>78</sup>. When the case went before the House of Lords, Lord Chief Justice Mansfield agreed but placed the issue in the wider context of English Enlightenment thinking on toleration. Following Locke, he argued that "conscience" was not "controulable by human laws, nor amenable to human tribunals", and that "persecution, or attempts to force conscience, will never produce conviction"<sup>79</sup>. He took the view that common law was founded on "common reason and usage" and did not persecute mere opinions. Laws made to force conscience had only caused bloodshed and confusion. He declared in ringing terms that persecution was wrong in all respects:

"There is nothing certainly more unreasonable, more inconsistent with the rights of human nature, more contrary to the spirit and the precepts of the Christian Religion, more iniquitous and unjust, more impolitic, than Persecution. It is against Natural Religion, Revealed Religion, and sound Policy."<sup>80</sup>

No wonder Blackstone ignored this judgement. In defending the penalisation of those who attacked the Anglican book of common prayer [for saying "anything in the derogation, depraving or despising"], he wrote that it was, "a crime of much grosser nature than the other of mere nonconformity; because it carries with it the utmost indecency, arrogance, and ingratitude, indecency, setting up the right of private judgment in opposition to public; arrogance, by treating with contempt and rudeness what has at least a better chance to be right, than the singular notions of any particular man; and in gratitude by denying that indulgence and liberty of conscience to the members of the national church, which the retainers to every petty conventicle enjoy."<sup>81</sup>

Following the publication of the *Commentaries*, there was a two-pronged Dissenting attack on Blackstone. The one, by Rev. Philip Furneaux focussed on the law and on Mansfield's verdict; the other by Joseph Priestley attacked the under-

<sup>77</sup> A Sketch of the History and Proceedings of the Deputies 25–39; Dr. Williams's Library, Bennett Donation, MS. 68, Lord Raymond's Reports, p. 29; *Barlow*, Citizenship and Conscience 94.

<sup>78</sup> London Record Office, Guildhall MS. 3083, Minutes of the Protestant Dissenting Deputies, vol. I, fols. 532–540.

<sup>79</sup> *Rev. Philip Furneaux*, Letters to the Honourable Mr. Justice Blackstone concerning His exposition of the Act of Toleration ... (2nd ed. with additions, London 1771) 277.

<sup>80</sup> *Ibid.* 278.

<sup>81</sup> *Commentaries*, IV, ch. 4, art. III, 1, 50–51.

lying assumptions of Blackstone, and argued for greater toleration in the widest context. In terms of interpreting the Act of Toleration, Furneaux was the more significant for his impressive and learned letters, as Anthony Lincoln has remarked, "clarified the implications" of Mansfield's verdict<sup>82</sup>. Combining legal erudition with history and general ideas on toleration of a Lockean nature, he demonstrated that the Act of Toleration was not simply an indulgence, that is a suspension of pains and penalties, but a genuine toleration. Blackstone, in responding to criticism from Joseph Priestley<sup>83</sup>, had reaffirmed his view that non-conformity is "a crime by the laws of England". Furneaux, citing Mansfield, argued that this view could not be founded on common law for, "There is no custom or usage, independent of positive law, which makes nonconformity a crime", nor could it be based on natural law for, "persecution for a sincere, though erroneous conscience, is not to be deduced from reason or the fitness of things: it can only stand upon positive law". Since the Toleration Act had, in exempting Dissenters from penal laws directed against religion, effectually repealed those laws as it applied to them, and had given them legal protection, then Blackstone's view was erroneous<sup>84</sup>. Furneaux was not content to confine his argument to the Toleration Act. Elaborating on the principles enunciated by Mansfield he moved to a more inclusive notion of toleration than that which existed under the Act, which applied only to orthodox dissenters. He further argued contrary to Warburton that it was unnecessary to have an established church to enforce "the laws of imperfect obligation". Religion assisted the magistrate by being independent of the state, and an establishment was always to some degree an infringement of the natural right to religious liberty. An establishment was never justifiable *de jure*. It could only be described as a necessary evil. In a nice riposte to those who viewed the constitution in church and state as sacred, he suggested that, "in an establishment with a toleration, it is the toleration which is the most sacred part of the constitution"<sup>85</sup>. Following Priestley, he argued that all religions, even heathen religions served the needs of civil society; they "answer tolerably at least, the purpose of government, and of mutual confidence and commerce"<sup>86</sup>. The magistrate for his part should not attempt to inculcate religious truth, which could only be supported by "reason and argument", nor should he discriminate between citizens on the basis of religion for "every good subject hath a natural right, not to be pro-

<sup>82</sup> Anthony H. Lincoln, *Some Political and Social Ideas of English Dissent, 1763–1800* (Cambridge 1938) 198.

<sup>83</sup> Joseph Priestley, *Remarks on Some Paragraphs in the Fourth Volume of Dr. Blackstone's Commentaries on the Laws of England* (1769).

<sup>84</sup> Furneaux, *Letters* 1–27. In 1762 Mr. Justice Foster had argued that the Act was not merely an act of connivance or exemption but one, which conferred legal status on Dissent, Mansfield concurred. Sketch of the History and Proceedings of the Protestant Dissenting Deputies 129; C. F. Mullett, *The Corporation Act and the Election of English Protestant Dissenters to Corporation Offices*, in: *Virginia Law Review* 21 (1935) 269.

<sup>85</sup> Furneaux, *Letters* 48–49.

<sup>86</sup> *Ibid.* 66.

scribed as unworthy of public confidence". The claim being made by *Furneaux* was the late eighteenth century claim of a civil equality, of a career open to talents. It was mischievously portrayed by opponents of greater toleration as the Dissenters claiming a right to the possession of office, whereas *Furneaux* had made it absolutely clear that it was "the capacity of being elected or appointed to them" which was "the right of every good subject". Being deprived of that eligibility amounted to persecution. In an often quoted passage, and one which was cited in the final campaign for the repeal of the *Test and Corporation Acts*, *Furneaux* declared, "every injury done a man merely for his religion, and not on a civil account, is, in my opinion, a degree of persecution; I know no other definition of persecution than that it is an injury inflicted on a person for his religious principles or profession"<sup>87</sup>.

*Furneaux* thus combined legal erudition and empirical evidence not only to propagate *Mansfield's* views and spell out the significance of the verdict, but he broadened his argument to include *Lockean* arguments for the separation of church and state, and Dissenting claims for full civil rights. He was not as radical as *Richard Price* or *Joseph Priestley* for whom the state should have no regulatory powers at all in relation to religion, but he was moving in that direction with his argument that all religions were beneficial for the moral order which the state was so anxious to conserve, and that the only "overt acts" should be punished<sup>88</sup>. Finally, one thing all the Dissenters wanted to bring to end was toleration by connivance. As *Furneaux* argued, rights which have been and were enjoyed only through the "lenity of the times" should "have every protection and ground of security, which law, and the policy of free states, can give them". It was quite unsatisfactory for the "rights of human nature" to "lie at the mercy of any"<sup>89</sup>.

\*\*\*

*J. C. D. Clark* has argued that *Mansfield's* view of the nature of the church-state was not fully accepted until the repeal of the *Test and Corporation Acts* and Roman Catholic emancipation<sup>90</sup>. While it is true that *Blackstone* made few concessions in controversy with *Priestley* and *Furneaux*, and that Dissent continued to be portrayed as a crime in the legal textbooks, there were no more instances of attempt to fine Dissenters for failing to accept office on the grounds of their sacramental incapacity<sup>91</sup>. Whatever the legal textbooks continued to affirm, change

<sup>87</sup> *Ibid.* 164–165.

<sup>88</sup> See *John Stephens*, *Furneaux*, in: *The Dictionary of Eighteenth century British Philosophers*, 2 vols. (Bristol 1999) 345–346.

<sup>89</sup> *Furneaux*, *Letters*, Preface to the first edition (1770) xvi–xvii.

<sup>90</sup> *Clark*, *English Society* 208, n. 28.

<sup>91</sup> *The Protestant Dissenting Deputies* who defended the legal interests of Dissenters advised a Dissenter who was summoned to office in the corporation of Oxford that he was not eligible and should refuse to serve. Nothing more was heard of the case, and it appears to be the only one of its sort after 1767. *Guildhall MS. 3083*, Minutes of the Protestant Dissenting Deputies, vol. II, fols. 161–164.

was already occurring before 1828<sup>92</sup>. Not only was the Mansfield verdict accepted in practice, but toleration was gradually extended in line with the principles he enunciated. First, the Catholics gained equal status with Protestant Dissenters, then, in many ways more significant, if not in political terms at least for its implications for the understanding of the constitution, Unitarianism was legalised in 1813. This eroded the Warburtonian and Blackstonian arguments that the state should protect the doctrines of the church. A year earlier a new Toleration Act was passed which repealed the Five Mile Act and the Conventicle Act (which had made worship in non-registered places potentially difficult) and allowed Magistrates no discretion in administering oaths to intending preachers. Such preachers did not have to demonstrate their affiliation to the congregation of a registered place of worship. In effect the act broadened the Toleration Act of 1689 to include field preaching and preaching in private dwelling places and other unsanctified buildings. The act was won against the potent fears that changes in toleration would erode the religious and social order. These were expressed by William Pitt's former tutor at Cambridge, Bishop Pretymann Tomline, Bishop of Lincoln. In 1799 he charged itinerant preachers with alienating people from the church. For the next decade, Methodist freedom of worship and itinerancy was endangered. Lord Sidmouth, the notoriously repressive Home Secretary, feared that "cobblers, tailors, pig-drovers, and chimney sweepers" were becoming Dissenting ministers. However, his attempt to place severe restrictions on field preachers was defeated in the House of Lords in 1811, and this was followed by the liberalisation of 1812<sup>93</sup>. This was result of political pragmatism; liberalism proved to be the "unintended beneficiary of religious enthusiasm"<sup>94</sup>.

W. R. Ward has remarked, that "before Peterloo the English Church was finished as a working establishment in the traditional European sense"<sup>95</sup>. Yet that

<sup>92</sup> The seventh edition of *William Hawkins*, *Pleas of the Crown* (1716–21), published in 1795, continued to place nonconformity in the same classification as heresy, witchcraft, sodomy, blasphemy, profanation of the Sabbath, profane cursing, drunkenness, reviling the sacrament, denying the Trinity, and absence from Church. Blackstone who had followed Hawkins' classification made some minor modification in response to Priestley and Furneaux. He clarified his remark that the doctrines and practices of Dissenters "were not calculated to make men good subjects" in order to exclude from it the "modern Dissenters". He qualified his approval for the Act of Uniformity and made his attitude towards the punishment of heretics clearer, but in neither case did he totally disavow the use of temporal punishments for religious "crimes". Finally he omitted one passage offensive to both Dissenters and Roman Catholics. *Furneaux*, Letters to Blackstone 30n, 82, 102, 161–163, 215–218. *Stephen Taylor*, William Warburton and the Alliance of Church and State, in: *Journal of Ecclesiastical History* 2 (1992) 282, notes that in later editions Blackstone conceded that for Dissenters who came within the terms of the Toleration Act, their "crime is suspended and ceases to exist", a slightly curious juxtaposition of phrases. See also *Clark*, *English Society* 208.

<sup>93</sup> W. R. Ward, *Religion and Society in England 1790–1850* (London 1972) 51–62. *David Hempton*, *Religion and the People. Methodism and Popular Religion c.1750–1900* (London, New York 1996) 110–114.

<sup>94</sup> *Hempton*, *Religion and the People* 114.

<sup>95</sup> *Ward*, *Religion and Society* 62.

was not appreciated at the time. Blackstone's belief that all affronts to Christianity, or endeavours to depreciate its efficacy, are highly deserving of human punishment was applied in full rigour by Sidmouth<sup>96</sup>. He encouraged local magistrates to take action against seditious literature; significantly Sidmouth coupled his injunction against sedition with one against blasphemy. Included in the notorious Six Acts of 1819, was an act which extended the stamp duty to cheap publications which appeared more than once a month and which contained observations on, amongst other things, "any matter in Church and State". He did not however, have everything his way. In 1817 the professional orator and debater, John Wright, brother of Richard Wright, the prominent itinerant Unitarian preacher, was prosecuted for blasphemy having denied forthrightly the Trinity and the Atonement. The prosecution was dropped when the Whig Lord Holland asked questions in the House of Lords.

Whiggism at this time was beginning to lose its all-embracing eighteenth-century sense (at least post Queen Anne) which covered almost the whole political spectrum, and meant those attached to the settlement of 1688/9 however that was interpreted, and was coming to be associated with more liberal notions in politics and religion. The notion that the revolution of 1688/9 had been based upon sound principles which were imperfectly implemented, expressed forcefully by Richard Price in his *Discourse on the Love of our Country* (1789) became part of their credo. Their leader, Charles James Fox became a champion of freedom of inquiry and of universal toleration. Moreover, the Dissenters had in Joseph Priestley a philosopher whose arguments retained their appeal in the utilitarian age of philosophical radicalism. In his *Essay on the first principles of government* (1768) he combined natural jurisprudential and utilitarian arguments in favour of universal toleration. Priestley accepted that religion was a moralising force, but believed that it worked best independently of the state. He suggested that if religious beliefs led to criminal behaviour then the adherents of those beliefs should be tried not for their beliefs but for their crimes. No prior tests should be required for citizenship, a radical idea even sixty years later. In the debate in 1828 on the repeal of the Test and Corporation Acts, Lord John Russell, presented a version of such views. Religion and politics should be separated; the intrusion of religion into politics was divisive and of politics into religion a profanation. Russell was laying the groundwork for Roman Catholic emancipation. Indeed the Catholic grievances and their disruptive political effects gave authenticity to his ideas. In a sense there was an inevitability about the reforms of 1828 and 1829, for the modifications to the Toleration Act of 1812 and 1813 indicated, as David Hempton has noted that "the English state was prepared to accommodate rivals to the Church of England in return for a more stable social order". Yet there was a particular significance about the repeal of the Test and Corporation Act, which transcended the circumstances of the time and the pragmatism of politicians prepared to accept its

<sup>96</sup> Commentaries, IV 44.

repeal. Of the arguments offered against those acts it was that which suggested that the use of the sacrament as a test for civil office was sacrilegious which proved effective in turning the tide in favour of reform<sup>97</sup>. It would have been possible earlier to have replaced the sacrament with an alternative test for office had this been acceptable to the church. In 1790 Edmund Burke had suggested such a test<sup>98</sup>, but to eighteenth-century churchmen the use of the sacrament commanded support because it represented the intertwining of the interests of religion and state. The abandonment of the sacramental test swept aside a major limitation, which the acts had placed upon the notion of toleration. It is true that the test was then replaced with a declaration that officeholders would not do anything hostile to the Anglican Church, and this was to be made "upon the true faith of a Christian". Even that did not satisfy the diehard Tories like Lord Eldon. They realised that the reform fundamentally altered the relationship between church and state. The way was now open for non-Christians to seek toleration even though they would meet with resistance on the way<sup>99</sup>.

To conclude, Macaulay was undoubtedly right in his view of the English tradition of legislation. Catholic Emancipation, even more than the repeal of the Test and Corporation Acts, came about for a whole variety of reasons and political expediency was crucial. Yet if emancipation was eventually granted for pragmatic political reasons and it was also granted as a result of a growing feeling that the requirements of citizenship, of allegiance to the state, should be secular. The groundwork had been laid over a long period of time, but most of the essential ideas were articulated in the aftermath of Lord Mansfield's judgement in the case of *Allen Evans*. The Dissenters challenged High Church notions of the church-state head on, but more importantly they challenged the much more persuasive and, for them, more insidious notions of the church-state relationship put forward by Warburton and Blackstone. In doing so, they argue for a clear relationship between natural law and common law, and attack those elements in Warburton and Blackstone designed to preserve the hierarchy in church and state. It is true that many retained prudential notions in their theory of toleration which could be found in Locke – Furneaux always talked of the natural rights of good subjects,

<sup>97</sup> *Ursula Henriques*, *Religious Toleration in England 1787–1833* (London 1961) 88.

<sup>98</sup> *Parliamentary History*, XXIX 441–442n. Burke's test, like the substitute declaration of 1828, was designed to ensure that officeholders would do nothing to subvert the established church and also do nothing to promote rival religions. Already it indicated a change in thinking about the relationship of church and state. The sacramental test was designed to protect the state primarily from Roman Catholics, Burke's test was designed to protect the established church. The state was beginning to assume a paternalist role over the church. Burke's suggestion was made in the debate on the repeal of the Test and Corporation Acts, 2 March 1790.

<sup>99</sup> *G. I. T. Machin*, *Resistance to Repeal of the Test and Corporation Acts, 1828*, in: *The Historical Journal* 22, 1 (1979) 115–139, esp. 133–139. *Henriques*, *Religious Toleration in England 183–188*. The declaration left the Jews potentially vulnerable, and encouraged them to seek relief. They finally succeeded in 1858. The declaration was not repealed until 1866.

but others like Priestley and Price argued for the separation of church and state, the rights of conscience and free candid enquiry into all matters concerning religion, secure in their belief that the cause of virtue and truth (and of toleration) would be furthered. The changes in the law, as we have seen, did not happen in a smooth progressive way and we may conclude by agreeing with both W. R. Ward and J. C. D. Clarke<sup>100</sup>. Clarke's confessional state was finished before Catholic Emancipation and the Repeal of the Test and Corporation Acts, but the English prefer to acknowledge change after it has happened and only with the repeals was Mansfield's belief fully accepted that bare nonconformity is no crime, and that the Toleration Act repealed all positive laws which penalised nonconformists for their nonconformity. In this way natural law, common law, and positive law were brought into line.

<sup>100</sup> English Society 208 fn. 28.

Salvador Rus Rufino

## Die Entwicklung des Naturrechts in der spanischen Aufklärung\*

### 1. Einleitung

Das 18. Jahrhundert brachte neben vielen anderen Fortschritten und Neuerungen die kulturelle und akademische Konsolidierung des Naturrechts in Europa. Seitdem Hugo Grotius 1625 *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* publiziert hatte, das von vielen aufgeklärten Historikern des Naturrechts als Werkzeug der göttlichen Vorsehung betrachtet wurde, um das in die Finsternis der Moralphilosophie und Moralthologie gehüllte naturrechtliche Wissen zu restaurieren, breitete sich das Naturrecht in Europa aus und festigte sich als akademische Disziplin<sup>1</sup>. 1661

<sup>1</sup> Herrn Dr. Esteban Mauerer danke ich für die Übersetzung aus dem Spanischen.

<sup>1</sup> Als Historiker des Naturrechts des 17. und 18. Jahrhunderts, die Grotius als Erneuerer der natürlichen Rechtswissenschaft betrachteten, sind beispielsweise zu nennen: *Samuel Pufendorf*, *Specimen controversiarum circa ius naturale ipsi nuper motorum* (Upsallae 1678) Cap. I: De origine et progressu disciplinae iuris naturalis 1–16; *Johannis Franciscus Buddeus*, *Historia Juris Naturalis*, in: *Philippus Reinhardus Vitriarius*, *Institutiones Juris Naturae et Gentium, ad methodum Hugonis Grotii conscriptae* (Halae Magdeburgicae 1695) 13–14: „... ut ipse Hugo Grotius, restaurator huius philosophiae felicissimus, tum demum et pondus, et robur, et lucem insignem, se assertis suis conciliare posse, si praesulum horum auctoritae, sententiam suam muniret, fuerit opinatus“ (korrigierte und erweiterte Ausgabe: *Johannis Franciscus Buddeus*, *Historia Iuris Naturalis aucta et ad hanc aetatem usque continuata*, in: *ders.*, *Selecta Iuris Naturae et Gentium* [Halae Saxonum 1704]); *Jac. Frider. Ludovicus*, *Delineatio Historiae Juris Divini Naturalis et Positivi Universalis* (Halae Magdeburgicae 1701, 21714); *Johannis Groeningius*, *Historia Juris Naturae et Gentium*, in: *Samuel Pufendorf*, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo* (Francofurti ad Moenum 1707); *Samuel Friedrich Willenbergius*, *Scilimenta juris gentium prudentiae ex libris Hugonis Grotii De jure belli et pacis* (Lipsiae 1711); *Fridericus Augustus Hackmannus*, *Historia Juris Naturalis succinta*, in: *Hugonis Grotius*, *Jurisprudentia Universalis Divina* (Helmstadii 1712) 305–317; *Christian Thomasius*, *Paulo plenior, historia juris naturalis. cum duplici appendice* (Halae Magdeburgicae 1719, Nachdruck Stuttgart, Bad Cannstatt 1972); *Johann Heinrich Rother*, *Examen iuris naturae et gentium Pufendorffianum* (Lipsiae 1722); *Laurentius Reinhardus*, *Historia jurisprudentiae naturalis* (Lipsiae 1725); *Johannis Fridericus Weidlerus*, *Institutiones iuris naturae et gentium. Methodo geomethrica digestae collatoque sparsim iure positivo illustratae* (Vitembergae 1731); *Jean Barbeyrac*, *Préface du traducteur*, in: *Samuel Pufendorf*, *Le droit de la nature et des gens ou système general des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*. Traduit du latin par Jean Barbeyrac [...], Bd. 1 (Amsterdam 1734) I–CXXI; *Adam Friedrich Glafey*, *Vollständige Geschichte des*

wurde in Heidelberg der erste Lehrstuhl für Natur- und Völkerrecht eingerichtet, den Samuel Pufendorf besetzte. Noch im selben Jahrhundert folgten weitere Universitäten diesem Beispiel: Tübingen und Halle. Im 18. Jahrhundert schließlich etablierten die Universitäten in Altdorf, Göttingen, Lausanne, Genf und anderswo den Unterricht im Naturrecht. Nach ihrem Beginn im protestantischen Milieu wurden im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts auch an katholischen Universitäten Lehrstühle eingerichtet, so in Dillingen, Freiburg im Breisgau, Innsbruck, Wien, Prag, Madrid und Coimbra.

Das Naturrecht hatte das Denken der Juristen, Universitätsprofessoren, Politiker und Intellektuellen im allgemeinen erobert. Die Zahl naturrechtlicher Abhandlungen nahm im 18. Jahrhundert erheblich zu, wie ein Blick in eine der zahlreichen Bibliographien bestätigt: Jeder Professor der Philosophie oder der Rechte, der etwas auf sich hielt, veröffentlichte über das Naturrecht, sei es eine Dissertation, ein Handbuch oder eine systematische Abhandlung<sup>2</sup>.

Weshalb aber gab es dieses Interesse für eine neue Disziplin? Es ist zutreffend, daß die Erneuerung der juristischen Studien im 18. Jahrhundert vom Naturrecht ausging. Das erklärt aber noch nicht, weshalb diese Materie bei den Juristen, Philosophen und anderen Gelehrten zu einer solchen Blüte gelangen konnte.

Es ist nicht einfach, eine zufriedenstellende Antwort auf die Frage zu geben. Jede Lösung kann kritisiert und als vereinfachend gebrandmarkt werden. Man könnte, ohne vollständig zu sein, folgende praktische und theoretische Gründe angeben: Das Naturrecht gab den zukünftigen Juristen – sei es, daß sie sich dem Justizfach widmeten, Beamte wurden oder an der Universität lehrten – philosophische Prinzipien an die Hand. Es erlaubte, die theoretischen Grundlagen des nationalen Rechts aufzusuchen, das jeder Staat eingeführt hatte oder im Begriff war

Rechts der Vernunft (Leipzig 1739, Nachdruck Aalen 1965); *Ludwig Freiherr von Holberg*, Einleitung in das Natur- und Völkerrecht. Nach der vierten dänischen Ausgabe ins Deutsche übersetzt (Copenhagen, Leipzig 1748); *Georg Stephan Wiesand*, Kurzer Entwurf einer Historie des Natur- und Völker-Rechts, nebst einigen Anmerkungen über die Unvollkommenheiten der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit (Leipzig 1759); *Martin Hübner*, Essai sur l'histoire du Droit Naturel, 2 Bde. (A Londres 1758); *Georg Christian Gebauer*, Nova Juris Naturalis Historia quam auxit, et auditorum in usum, edidit *Eric Christi. Klevesahl* (Wetzlariae 1774); *Joaquín Marín y Mendoza*, Historia del derecho natural y de gentes (Madrid 1776, Neuausgabe besorgt durch *Salvador Rus Rufino*, Valencia 1998).

<sup>2</sup> Vgl. *Martin Lipenius*, Bibliotheca realis iuridica, 2 Bde. und 4 Supplementbde. (Lipsiae 1757–1789 bzw. [Suppl.-Bde. 3 u. 4, hrsg. von *Ludwig Gottlieb Madihn*.] Vratislaviae 1816–1823). In einigen Geschichten des Naturrechts findet sich ein nach den verschiedenen Materien geordneter bibliographischer Anhang, vgl. die „Bibliotheca Juris Naturae et Gentium“ bei *Glafey*, Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft 291–416. Aufschlußreich ist auch *Daniel Nettelbladt*, Initia historiae litterariae iuridicae universalis (Halaë Magdeburgicae 1774). [Angabe von SRR: die verschiedenen Werke von *G. Struvius-D. Nettelbadt*, Initia historiae litterariae iuridicae universalis (Halaë Magdeburgicae 1774); es lassen sich aber keine Gemeinschaftswerke ermitteln, zudem gibt es im angegebenen Werk keine Beteiligung von *G. Struvius*] Das umfangreichste bibliographische Repertorium bietet *Christian Frid. Georg Meister*, Bibliotheca Iuris Naturae et Gentium, 3 Bde. (Gottingae 1749–1757), nach Materien geordnet.

einzuführen. Es war – neben anderen – eines der Elemente, mit denen die Macht- ausübung der Könige und hohen Staatsbeamten legitimiert wurde. Das Natur- recht verbreitete eine neue Art, die menschlichen Beziehungen in der Gesellschaft und somit bei der Konstruktion der modernen Staaten zu verstehen. Es wurde möglich, eine übernationale juristische Ordnung einzuführen, die verpflichtend für die souveränen Staaten war, damit diese in Frieden und Eintracht lebten, und schließlich leitete das Naturrecht die Vernunft an, um Vorschriften einzuführen, die mit dem göttlichen Gesetz übereinstimmten.

Wie man sieht, entsteht die Disziplin in enger Verbindung einerseits zur Politik und zu den sie durchdringenden Prinzipien, andererseits zu den religiösen Über- zeugungen. Aber auch wenn diese Gründe zutreffen, so glaube ich doch, daß es andere, tiefergehende gibt, die die Autoren dazu veranlaßten, die Wissenschaft vom Naturrecht zu entwickeln.

Die juristische Moderne nahm sich vor, eine neue juristische Ordnung zu kon- struieren, die das römische Recht als praktisches Recht und das alte, von Philoso- phen und Theologen entwickelte Naturrecht ersetzte. Diese Konstruktion be- durfte eines Prinzips, einer Basis, auf die die neue Ordnung gestellt und gebaut werden konnte<sup>3</sup>.

Als Ausgangspunkt wurde die Ausarbeitung einer neuen systematischen Theorie über das Naturrecht erforderlich, die in der Lage sein sollte, sowohl die natur- rechtlichen Thesen als auch die römische Jurisprudenz zu begründen und zu ersetzen. Die ältere Philosophie bestand darauf, daß die Politik sich von einer ge- wissen Konzeption vom Menschen ableitete, die eine objektive moralische Ord- nung, ein vorgängiges Naturgesetz voraussetzte, eine gesellschaftliche Organisa- tion, die sich auf die Erfordernisse der menschlichen Natur gründete. Die moder- nen Autoren wiesen diese Vorstellungen zurück und setzten an deren Stelle eine individualisierende Konzeption vom Menschen und eine subjektive Moral. Die moderne Schule des Naturrechts bemühte sich, ein neues juristisches System zu konstruieren, das auf der mehr oder weniger deutlichen Annahme eines Menschen oder freien und unabhängigen Individuums basierte, das für sich selbst und andere eine Gesellschaft mit dem einzigen Ziel konstruiert, die Freiheit zu verteidigen, die es bereits besaß. Diese im 18. Jahrhundert als *societas assecutoria* bezeichnete Gesellschaft zielte darauf ab, die von den Individuen als gültig anerkannten natür- lichen Rechte zu garantieren und womöglich wiederherzustellen<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Vgl. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichti- gung der deutschen Entwicklung* (Göttingen 21967, 2. Nachdruck ebd. 1996); Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bo- logna 1976); Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne: Cours d'histoire de la philosophie du droit* (Paris 41975); Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 1: Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600–1800 (München 1988) 225–333.

<sup>4</sup> Vgl. Francisco Carpintero, *Los tres iusnaturalismos*, in: *Ars Iuris* 12 (1994) 99–100, und *La Cabeza de Jano* (Cádiz 1989) 175–181.

Dem Blick der spanischen Aufklärer, konkret dem von Gregorio Mayans, Joaquín Marín Mendoza und José I. de Torres Flórez, bot sich folgende Situation: Eine Wissenschaft vom Naturrecht, die alles zurückwies, was mit der aristotelischen, scholastischen und römischrechtlichen Tradition in Beziehung stand. Eine neue Wissenschaft, die die Anfangsgründe der praktischen Vernunft abschaffte – *prima principia practicae rationis* – Gründe, die gerecht sind und die befolgt werden müssen, weil sie von Gott herrühren. Eine Anthropologie, die auf das freie, unabhängige und gleiche Individuum zentriert ist, eine Vorstellung, die auf alle politischen, juristischen, ethischen und religiösen Überlegungen abfärbt. Sie stießen auf ein Naturrecht protestantischer Herkunft und gleichzeitig auf eine katholische Tradition, die diese Lehre zurückwies, weil sie die Prinzipien des Katholizismus unterminierte, seine Sicht der Welt, der Geschichte, der Gesellschaft, letzten Endes des Menschen.

Angesichts dieser Lage proklamierte Gregorio Mayans mit Nachdruck, die beiden anderen Autoren etwas abgeschwächt, die Notwendigkeit, das Naturrecht so zu untersuchen und zu lehren, daß es in der früheren philosophischen Tradition gründete. Die genannten Autoren (und auch andere, die in dieser Studie nicht zitiert werden) hatten ausgedehnte Kenntnisse aus erster Hand von den sich in Europa ausbreitenden und miteinander konkurrierenden naturrechtlichen Tendenzen. Das Naturrecht war ihnen in der einen oder anderen Form schon früh gegenwärtig; sie hinterließen aufschlußreiche Schriften, die uns die intensive Debatte zeigen, die dieses Konzept im aufgeklärten Spanien erlebte.

Die drei Autoren zeigen die Entwicklung des 18. Jahrhunderts in Spanien auf. Im zeitlichen Verlauf stoßen wir auf drei Phasen. Im ersten Drittel des Jahrhunderts dominiert allenthalben die Tradition des aus der Vergangenheit überkommenen Wissens. Es findet keine intellektuelle, philosophische und kulturelle Neuerung statt. Die Werke des 16. und 17. Jahrhunderts werden kontinuierlich nachgedruckt. Die Lehren der anerkannten und autoritativen Autoren (und ihrer Kommentatoren und Exegeten) werden ohne Diskussion anerkannt. Man folgt dem Weg, den die früheren Theologen-Philosophen und Theologen-Juristen gewiesen haben. Insgesamt finden wir einen Rahmen vor, der von den traditionellen Konzepten und dem Weiterleben der klassischen Lehren der spanischen Scholastik abgesteckt ist. Die spanischen Intellektuellen waren sehr weit entfernt von den Problemen, die in ihrem kulturellen Milieu – Europa – diskutiert wurden.

Gleichwohl scheinen in dieser von Kontinuitäten geprägten Situation kleine Lichter auf, die einen anderen Weg weisen. Es handelt sich um die sog. Neuerer („novatores“), die in den 20er Jahren des 18. Jahrhunderts die wissenschaftlichen und philosophischen Neuigkeiten aus dem Ausland zu rezipieren beginnen und die erste Anverwandlung und Systematisierung der ausländischen Debatten und Ideen vornehmen. Sie werden die Lehrer der ersten Aufklärer, die Transmissionsriemen der Ideen sein, den Samen der Erneuerung ausbringen, aber sie werden die Blüte nicht erleben und die Ernte nicht einbringen können.

Die Neuerer öffneten den ersten Aufklärern die Türen: Feijoo, Mayans und Piquer. Das Gewicht der Tradition wird für sie durch die neuen Ideen aus Europa

leichter. Sie lassen sich belehren von den in dieser Zeit geschriebenen Büchern, von den triumphierenden Ideen, und es gelingt ihnen, ein Denken zu systematisieren, das sich oft nicht abschließen läßt, weil sie an zu vielen Fronten kämpfen, sich mit einer großen Menge kultureller Aspekte beschäftigen – der Fall von Mayans ist beispielhaft.

Diese Aufklärer bildeten Schüler aus, die ihren Denkwegen folgten, aber auch wichtige Neuerungen einführten. Im vorliegenden Text beziehe ich mich auf zwei Universitätsprofessoren. Der eine, Joaquín Marín, lehrte an den *Reales Estudios de San Isidro* in Madrid, der andere, José I. de Torres, an der Universität Valladolid. Bei beiden sind der aufgeklärte Geist, das innovative Denken über die Grundlagen des Naturrechts offenkundig.

Seit Beginn des 18. Jahrhunderts wurde eine bisweilen verschärfte kulturelle Debatte geführt, weil die Reformer glaubten, daß die Erneuerung Spaniens tief in der spanischen Wissenschaft und Kultur wurzeln sollte. Diese Debatte betraf die Wirtschaft und die gesellschaftliche und politische Ordnung, gleichzeitig der Ort, wo die kulturellen Gefechte zwischen den „Alten“ und den „Modernen“ mit größerer Heftigkeit ausgefochten wurden, als man das von Intellektuellen erwarten würde<sup>5</sup>.

Es ist schwierig, diese Aktivitäten zu erklären; immerhin ist gezeigt worden, daß die Herrschaft über die Kultur die Formung der individuellen und kollektiven Denkhaltungen zur Voraussetzung hatte. Die Einführung einer bestimmten Art, Physik und Mathematik zu lehren, die Wirtschaft zu erklären, die spanische Geschichte auf die eine oder andere Art zu erzählen, wurde für eine wichtige Angelegenheit bei der Bewahrung der herrschenden gesellschaftlichen Ordnung gehalten. Die Kontrolle der schulischen Elementarerziehung, der Lehrstühle an den Universitäten und der *colegios mayores* setzte voraus, daß bestimmt wurde, was gelehrt wurde, wer dies tat und wie es getan wurde. Diese Angelegenheit war von höchster Wichtigkeit und bestimmte die Konflikte zwischen Intellektuellen, Politikern und Adeligen in Spanien. Alle gelangten auf die eine oder andere Weise zu der Überzeugung, daß Kultur und Erziehungswesen Macht bedeuteten, Macht, die zur Sicherung der sozialen und politischen Vorherrschaft dienen sollte. Besonders klare Vorstellungen darüber hatte der einsichtigste und am besten vorbereitete Teil des Klerus, der das ganze Jahrhundert über kämpfte, um seine vorherrschende Stellung im intellektuellen Leben Spaniens nicht zu verlieren<sup>6</sup>.

Die neuen Zeiten forderten neue Aktivitäten und eine neue Weite des Blicks<sup>7</sup>. Dessen ungeachtet war das *Goldene Zeitalter* noch sehr nahe, und viele entschlossen sich, alles zurückzuweisen, was von außen kam. Es handelte sich um Kräfte, die eine auf dem ältesten Scholastizismus basierende kulturelle Tradition verteidigten und sich den drohenden Veränderungen widersetzten, die Spanien dem

<sup>5</sup> Charles Porset, Lorenzo Hervás y Panduro y la resistencia al cambio: el modelo contubernista, in: El mundo Hispánico en el siglo de las Luces, Bd. 1 (Madrid 1996) 233–258.

<sup>6</sup> Francisco Sánchez-Blanco, La mentalidad ilustrada (Madrid 1999) Kap. III, 123–181.

<sup>7</sup> José Luis Peset, Ciencia y cultura en la Ilustración española, in: El Mundo Hispánico en el siglo de las Luces, Bd. 1, 249–258.

wissenschaftlichen und kulturellen Fortschritt Europas annähern wollten; es war eine gemeinsame große Anstrengung notwendig, um die wissenschaftliche und kulturelle Neuerung mit Erfolg zu verwirklichen. Die „Modernen“ glaubten, daß die Zeichen des Fortschritts der intellektuellen Bewegung der Aufklärung eingeschrieben waren. Die Bemühungen, Spanien zu modernisieren und zu erneuern, stützten sich auf die Begeisterung und die Überzeugungen einer Minderheit, die sich aus dem niederen Adel, hohen Beamten, Angehörigen freier Berufe und einigen Weltgeistlichen und Ordensangehörigen zusammensetzte. Sie alle versuchten mit großer Anstrengung und geringer offizieller Unterstützung, die spanische Kultur und Wissenschaft den neuen in Europa aufkommenden Strömungen und Errungenschaften anzupassen. Gegen sie erhoben sich die Stimmen der „Alten“, die dem hohen Adel und dem Ordensklerus angehörten, sich im Bollwerk der Tradition festsetzten und jeglichem Wandel, der von den als Revolutionäre angeklagten „Modernen“ kam, argwöhnisch gegenüberstanden. Sie vermochten den Unterschied zwischen Reform und Revolution nicht zu verstehen; die Reform zielte darauf, die Gesellschaft des Ancien Régime funktionieren zu lassen, nicht sie zu zerstören.

Man kann strenggenommen nicht von einem spanischen 18. Jahrhundert sprechen – vielleicht gilt diese Behauptung für alle Jahrhunderte<sup>8</sup>. In unserem Fall beginnt das 18. Jahrhundert mit dem Wechsel der Dynastie von den Habsburgern zu den Bourbonen und mit dem Erbfolgekrieg, der Spanien teilte und Erschütterungen bewirkte, die erst nach Jahren überwunden waren. Am Ende des Jahrhunderts stehen die Umwälzungen der europäisch-atlantischen Doppelrevolution, die das Ancien Régime beseitigt und den Weg bereitet für die Formierung der gegenwärtigen Staaten<sup>9</sup>. An dieser Kreuzung stehen die Spanier manchmal in der ersten Reihe, dann sind sie Zuschauer und dann wieder geduldige Subjekte.

Der komplexe historische, politische, kulturelle, ökonomische, geographische, intellektuelle Prozeß ist in seiner Gesamtheit bedingt durch die Aufklärung: Eine neue Ära, in der die mittelalterliche Finsternis verschwand. Ein neues Licht, das die notwendige Klarheit und Durchsichtigkeit brachte, um den Menschen und seine Umgebung ohne Zweifel, ohne einen Schatten zu erkennen. Der Mensch sah sein Streben erfüllt: so zu sein wie Gott, ihm sogar gleich in seiner schöpferischen Macht und seinem Wissen.

In Spanien lebte man diesen Optimismus nicht, nicht dieses Vertrauen in die Fähigkeit des Menschen zu erkennen, die Rätsel der Natur zu ergründen und sie zu beherrschen. Das Vertrauen in die Vernunft war grundiert mit einer transzendenten Sicht der Welt und der Mission eines jeden individuellen Menschen in ihr. Diese Idee erfüllte die Handlungen mit Sinn und leitete sie (wenigstens formell) an, von den Königen über die hohen Würdenträger bis hin zu den einfachsten

<sup>8</sup> Roland Mortier, *Múltiple siglo XVIII*, in: *El Mundo Hispánico en el siglo de las Luces*, Bd. 1, 19–32. Für die zweite Jahrhunderthälfte gibt es ein zum Klassiker gewordenes Buch von Jean Sarrailh, *La España ilustrada en la segunda mitad del siglo XVIII* (México 1992, zuerst Paris 1954: *L'Espagne éclairée de la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle*).

<sup>9</sup> Vgl. Jacques Godechot, *Les révolutions: 1770–1799* (Paris 1986).

Bauern<sup>10</sup>. Mit anderen Worten: Die Aufklärung hatte in Spanien bis zur Mitte des 18. Jahrhunderts keinen Einfluß, und dann auf eine sehr selektive und kontrollierte Art und Weise, sowohl was Inhalte als auch Personen betrifft. Es handelte sich nicht um ein ausgreifendes Projekt, sondern betraf nur eine kleine intellektuelle Elite, die Interesse, Zeit und Geld hatte, um Bücher zu kaufen, Briefverkehr mit herausragenden europäischen Intellektuellen zu pflegen und nach Frankreich, Italien, Deutschland oder England zu reisen, wo die Aufklärung einflußreicher war<sup>11</sup>.

Die Historiker unterscheiden verschiedene Stufen in der kulturellen Entwicklung der spanischen Aufklärung:

1. Die erste Phase umfaßt die letzten 15 Jahre des 17. Jahrhunderts mit den ersten Erneuerern der Wissenschaft und Kultur (Protoaufklärung).
2. Die Phase der ersten Aufklärung umfaßt die Gruppe, die ihre Tätigkeit in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts auf durchaus kritische und gelehrte Weise entfaltete.
3. Die Epoche Karls III. ist die Zeit der gereiften Aufklärung; ihr entspricht ein besonders tiefes und inhaltsreiches Denken.
4. Die letzte Epoche fällt mit dem Königtum Karls IV. zusammen. Am Ausgang des Jahrhunderts ist man bestrebt, die aufgeklärten Ideen zu beseitigen und zu vergessen – man spricht von der in Frage gestellten oder in Auflösung begriffenen Aufklärung.

Dieses Schema spiegelt sich im Natur- und Völkerrecht als dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung wider. Auch hier lassen sich vier Phasen unterscheiden:

1. In den ersten Jahren des Jahrhunderts orientiert man sich strikt an den Gedanken, die von der Schule von Salamanca im 16. und 17. Jahrhundert entwickelt worden waren, und an ihrer Auslegung.
2. In den 20er bis 40er Jahren des 18. Jahrhunderts trägt die Arbeit der Neuerer Früchte, und man erachtet es für sinnvoll, die europäischen Autoren kennenzulernen und Neuigkeiten von ihnen zu erfahren.
3. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts geht man mit Bestimmtheit die Aufgabe an, das Naturrecht zu erforschen und darüber zu schreiben, indem man einige der Ideen diskutiert, die von den europäischen Autoren wie Grotius, Pufendorf und Thomasius entwickelt wurden.
4. Im letzten Drittel des Jahrhunderts tritt neben die akademische Etablierung und Konsolidierung des Naturrechts dessen Auslöschung durch die politische Macht.

Seitdem das Naturrecht sich 1661 als akademische Disziplin etabliert hatte, richteten zahlreiche europäische Universitäten Lehrstühle ein, hauptsächlich dort,

<sup>10</sup> *Francisco Puy Muñoz*, *La idea del hombre en el pensamiento español del siglo XVIII (1700–1760)*, in: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* II/2 (1961) 293–332.

<sup>11</sup> *Antonio Morales Moya*, *La nobleza española en el siglo XVIII*, in: *El Mundo Hispánico en el siglo de las Luces*, Bd. 1, 207–232.

wo die Reformation einflußreich war; aber auch die Universitäten im katholischen Milieu standen ihnen nicht nach<sup>12</sup>. Auf diese Weise wurde das Naturrecht zum Instrument, um zur Erneuerung der juristischen Studien zu schreiten<sup>13</sup>. Und nach und nach wurde es zu dem am meisten geschätzten und fruchtbarsten Forschungsgegenstand des Jahrhunderts.

Das Naturrecht ist gleichzeitig Wissenschaft und Lehrfach. Als Wissenschaft ist es Gegenstand der Forschung, Diskussion und Entwicklung von Ideen, die das Recht, die Politik und die internationalen Beziehungen befruchteten. Als Lehrfach ist es grundlegender Gegenstand in der Ausbildung der Juristen, unabhängig von ihrem beruflichen Einsatz. So rief das Naturrecht zwei Jahrhunderte lang ausgedehnte Kontroversen und eine umfangreiche literarische Produktion hervor.

Am Beginn der neuen Ära blieb Spanien am Rand dieser Wiedergeburt, dieser ganz Europa erfassenden Erneuerung. Bis zum Ende des ersten Drittels des 18. Jahrhunderts (zweite Phase) finden wir keine Autoren, die sich eindeutig und konstant für die neue Wissenschaft interessierten, die das Denken der europäischen Juristen, Politiker und Philosophen zunchmend bestimmte. Zwar betonen die Autoren die Notwendigkeit, es zu studieren (dritte Phase); aber erst im letzten Jahrhundertdrittel kommt es zur offiziellen Anerkennung und Etablierung als Lehrfach, dann nach weniger als 25 Jahren zur Auslöschung, Streichung und schließlich zum Verbot, das Naturrecht an irgendeiner Lehrstätte zu unterrichten (vierte Phase).

Dies sind die vier Perioden mit ihren eigenen charakteristischen Merkmalen. Die erste ist für das Naturrecht irrelevant, da das Herkommen weiter gepflegt wird. Die zweite Periode ist dagegen interessanter, weil sie die Aufmerksamkeit auf eine neue Realität lenkte, die im Entstehen war und der gegenüber die Intellektuellen nicht gleichgültig bleiben konnten (auch konnten sie ihre Existenz nicht verleugnen). Von daher kam der einsame Ruf von Mayans, mit dem er die Lehre der neuen Wissenschaft bei seinem Korrespondenzpartner, Freund und Vertrauten Finestres forderte. Es dauerte einige Jahre bis dieser Wunsch Wirklichkeit wurde, aber seine Forderung, auch wenn sie in Spanien, das unter den Auswirkungen der Ereignisse des frühen 18. Jahrhunderts zu leiden hatte, verfrüht

<sup>12</sup> *Joaquín Marín y Mendoza*, *Historia del derecho natural y de gentes* (Neuausgabe Valencia 1999) 130: „Die Philosophie und der verfeinerte Geschmack, die dieses Jahrhundert so sehr auszeichnen, haben es bewirkt, daß diese Wissenschaft sich weithin über ganz Europa ausgebreitet hat. Sie blüht nicht nur an den protestantischen Universitäten, wo sie zuerst im öffentlichen Unterricht eingeführt wurde, sondern es gibt von Katholiken bekleidete Lehrstühle in Dillingen, Freiburg im Breisgau, und in Innsbruck, Wien und Prag wurden sie fast zur gleichen Zeit gegründet wie an diesem Hof. Und zuletzt hat man einen Lehrstuhl in Coimbra errichtet. In den übrigen Hauptstädten und Provinzen, wo es keinen festgelegten Unterricht gibt, wird sie mit der gleichen Wertschätzung empfangen, und man studiert sie privat mit einzigartiger Sorgfalt. Aus welchem Grund es um so notwendiger ist, vorsichtig und mit großer Aufmerksamkeit voranzugehen, um nicht in Irrtümer zu verfallen, die über das Tadelnswerte hinaus auch zu sehr fatalen Konsequenzen führen können.“

<sup>13</sup> Vgl. *Tarello*, *Storia* 99–110; *Antonio Jara Andreu*, *Derecho Natural y conflictos ideológicos en la universidad española: 1750–1850* (Madrid 1977) 31–67.

war, bedeutet eine Öffnung zur Moderne, die das moderne aufgeklärte Europa aufbaut. Mayans sieht das mit Klarheit und spricht es auch aus: Das Naturrecht ist für die Bildung des Menschen, der Juristen und Politiker notwendig. Aber es ist auch unentbehrlich, um die Gesellschaft im Inneren und in den Außenbeziehungen zu entwickeln, das heißt, die Staaten zu festigen in der harmonischen Koexistenz mit anderen Nationen.

In diesem ersten Kapitel wurde ein Schema vorgestellt, das die wichtigsten Meilensteine der Entwicklung des Naturrechts im Spanien des 18. Jahrhunderts zeigt: beginnend bei einem Zustand nahe bei der Nichtexistenz bis zu seinem Verschwinden. Es sollen nun einige der Darlegungen von drei Autoren vorgestellt werden, die sich dieser Disziplin widmeten, und es soll gefragt werden, welche Beiträge jeder von ihnen leistete.

## 2. Entstehung und Entwicklung des Konzepts Naturrecht bei Gregorio Mayans

Mayans faßte seine Einstellung zum Naturrecht gegen Mitte des Jahrhunderts folgendermaßen zusammen: „Man kann nicht aufhören, das Naturrecht zu unterrichten.“<sup>14</sup> In der Tat: Die Aussagen, die wir bis jetzt von Mayans kennen, betonen den kühnen Kampf dieses Autors, damit diese akademische Disziplin, so wie sie seit 1661 in Europa unterrichtet wurde, ihren Platz in den Lehrplänen der spanischen Juristen fände<sup>15</sup>. In seinen Schriften finden sich vier wichtige Aspekte in bezug auf das Naturrecht: Eine Reihe von kurzen Definitionen, die sein grundlegendes Konzept zeigen; Kritik und Zurückweisung des Denkens der modernen protestantischen Autoren; Empfehlungen für Studium, Erforschung und Lehre der Disziplin und schließlich eine systematische Darlegung der Prinzipien, auf denen das Konzept Naturrecht zu basieren hat.

Mayans versprach zu wiederholten Malen, daß er einen umfangreichen Text über das Naturrecht schreiben würde, doch ist es dazu, soweit wir bis jetzt die Produktion des Autors kennen, nicht gekommen. Davon abgesehen empfahl er das Werk von Heineccius, wobei er immer darauf hinwies, daß es der Korrektur bedurfte<sup>16</sup>. Am nächsten an eine systematische Untersuchung reichen zwei Arbei-

<sup>14</sup> Brief vom 30.12.1752, Biblioteca Nacional, Madrid, Manuscritos (Mss.) 11054, fol. 97r.

<sup>15</sup> Gregorio Mayans kümmerte sich sehr um die Ausbildung der Juristen. Dies belegt deutlich die Korrespondenz, die er mit hohen Beamten der Staatsverwaltung unterhält. Dazu *Gregorio Mayans y Siscar*, Epistolario XIV: Mayans y los Altos Cuadros de la Magistratura y Administración Borbónica, I (1716–1750). Einleitung, Transkription und Anmerkungen von Antonio Mestre Sanchis und Pablo Pérez García (Valencia 1996), „Estudio Preliminar“ 7–68, und die Korrespondenz mit Manuel Villafañe, dem Direktor der *Reales Estudios de San Isidro* in Madrid, wo zuerst Unterricht im Natur- und Völkerrecht erteilt wurde.

<sup>16</sup> *Gregorio Mayans y Siscar*, Epistolario IV: Mayans y Nebot (1735–1742). Un jurista teórico y un práctico. Transkription, Anmerkungen und Einleitung von Mariano Peset (Valencia 1975) 392–395 Nr. 158, hier 394 (Brief vom 3. Juni 1741).

ten heran: *La Oración a la Divina Sabiduría del Caballero Lorenzo Boturini* und die *Filosofía Cristiana. Apuntamientos para ella*. Außerdem verfügen wir über einzelne Notizen in seiner umfangreichen Korrespondenz und schließlich über den Antrag, den er zur Reform der universitären Ausbildung machte. Auf der Grundlage dieser Zeugnisse kann man versuchen, Mayans' Naturrechtskonzept darzulegen.

Mayans interessierte sich schon früh für das Naturrecht. 1739 schrieb er einen Brief an Finestres, in dem er die Notwendigkeit darlegte, diese Disziplin zu studieren<sup>17</sup>. Im Jahr darauf zeigte er in einem anderen Schreiben an Nebot seine ausgedehnten und tiefgehenden Kenntnisse der wichtigsten europäischen Autoren der Zeit<sup>18</sup>. Er gelangte – trotz der von der Inquisition ausgeübten Zensur – in den Besitz der Werke der wichtigsten zeitgenössischen Autoren: Grotius, Pufendorf, Locke, Selden, Hobbes, Montesquieu, Burlamaqui<sup>19</sup>. Bisweilen empfiehlt er sie mit Vorbehalt<sup>20</sup>, manchmal rät er von der Lektüre ab, weil er sie für schädlich hält<sup>21</sup>. Aus diesem Grund wurde er von den Zeitgenossen als Autorität in Sachen

<sup>17</sup> Ignacio Casanovas-Miquel Batllori, Josep Finestres. *Epistolari* (Barcelona 1933–1934), Serie II, Nr. 1441, 138–139. Vgl. das Manuskript der Biblioteca Nacional, Mss. 11054, oben zitiert in Fußnote 14.

<sup>18</sup> So hatte er Kenntnis von Johann Gottlieb Heineccius, einem der Gelehrten, die unter den spanischen Naturrechtlern des 18. Jahrhunderts den größten Einfluß hatten. Vgl. die Einleitung von Juan José Gil Cremades, in: *Christian Thomasius, Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Übersetzt und annotiert von Salvador Rus Rufino und M<sup>a</sup> Asunción Sánchez Manzano (Madrid 1994) XLII. Mayans empfiehlt die Schriften von Heineccius, vgl. *Mayans y Siscar*, *Epistolario* IV, 99–102 Nr. 47, hier 99 (Brief vom 14. Mai 1740), 392–395 Nr. 158, hier 394 (Brief vom 3. Juni 1740); *ders.*, *Epistolario* VIII: *Mayans y Martínez Pingarrón*, 2. *Los Manteístas y la cultura ilustrada: Transkription, Einleitung und Anmerkungen von Antonio Mestre* (Valencia 1988) 196–199 Nr. 132, hier 197 (Brief vom 24. Mai 1760) 344–345 Nr. 263, hier 345 (Brief vom 8. August 1763); *ders.*, *Epistolario* II: *Mayans y Burriel*. Transkription, Anmerkungen und Einleitung von Antonio Mestre (Valencia 1972) 207–211 Nr. 42, hier 210 (Brief vom 10. November 1745), 214–219 Nr. 45, hier 218 (Brief vom 11. Dezember 1745) 224–226 Nr. 48, hier 225 (Brief vom 22. Januar 1746) 252–255 Nr. 60, hier 254 (Brief vom 30. April 1746) 322–324 Nr. 93, hier 323 (Brief vom 1. April 1747).

<sup>19</sup> Vgl. *Gregorio Mayans y Siscar*, *Epistolario* XII: *Mayans y los librereros*. Transkription und Einleitung von Antonio Mestre (Valencia 1993) 268–269 Nr. 11 (Brief vom 31. Oktober 1750) 270–272 Nr. 12 (Brief vom 29. Januar 1751) 275–276 Nr. 14 (Brief vom 14. August 1751). Darin etliche Bitten an den Buchhändler G. Cramer, in denen es um die Werke europäischer Naturrechtler geht.

<sup>20</sup> Beispielsweise empfiehlt er die Lektüre von Samuel Pufendorf, *De Officio hominis et civis*, wobei er den Angaben von Heineccius folgt: *Praelectiones Academicae in Sam. Pufendorffii De officio hominis et civis libros II* (Genevae 1749) Vol. 8. Vgl. *Gregorio Mayans y Siscar*, *Epistolario* II, 224–226 Nr. 48, hier 225 (Brief vom 22. Januar 1746) 252–255 Nr. 60, hier 254 (Brief vom 30. April 1746).

<sup>21</sup> So hält er das Werk von Grotius für ‚giftig‘. *Mayans y Siscar*, *Epistolario* II, 378–381 Nr. 115, hier 379 (Brief vom 19. Januar 1748). Von Pufendorf sagt er: „vor einigen Jahren kaufte ich Pufendorf, begann ihn zu lesen und verbannte ihn als gottlos und abscheulich aus meiner Bibliothek“, *ders.*, *Epistolario* IV, 155–159 Nr. 65, hier 157 (Brief vom 2. Juli 1740). Er wies auch die Lehren von Montesquieu zurück: „seine Lehre ist in vielen Dingen verwerflich“, *ders.*, *Epistolario* XII, 275–276 Nr. 14, hier 276 (Brief vom 14. August 1751).

Naturrecht angesehen<sup>22</sup>. Dieses Ansehen erlaubte es ihm, die Aufgabe zu übernehmen, die *Elementa juris naturae et gentium*<sup>23</sup> von Heineccius zu zensieren. Dieses Werk war im Grunde genommen dazu bestimmt, als Handbuch an der Universität zu dienen, vor allem im juristischen Unterricht.

In der *Filosofía Cristiana* zeigt er die Art und Weise, in der Neuzeit über das Naturrecht zu schreiben und zu forschen<sup>24</sup>. Es ist ein Versuch, in einen Dialog mit der Moderne einzutreten. Mayans kennt die protestantische Tradition, aber er hat auch unmittelbare Nachrichten von einem Ensemble von Autoren, die der katholischen Aufklärung angehörten, die ihre Ideen zur selben Zeit entwickelten und naturrechtliche Traktate mit einer ähnlichen Intention wie die *Filosofía Cristiana* publizierten. Ihre Absicht war, Kritik zu üben und von den theologischen Grundlagen des Katholizismus aus einen Dialog mit der Moderne zu führen, wobei diese theologischen Prinzipien das moderne Naturrecht von dem konzeptuellen, gno-seologischen, methodologischen und praktischen Gesichtspunkt aus kritisierten, den die katholische Aufklärung in Deutschland, vornehmlich in Bayern, und in Italien besetzte, um sich dem Fortschreiten des rationalistischen Naturrechts ent-

<sup>22</sup> Vgl. *Mayans y Siscar*, Epistolario IV, 150–155 Nr. 63, hier 153 (Brief vom 29. Juni 1740). Hier bittet der Anwalt José Nebot y Sanz aus Valencia um orientierende Hinweise zum Studium des Naturrechts: „Ich hätte gern, daß Sie mir einige Grundsätze oder Präliminarien mitteilen, damit ich mich damit vertraut machen kann, und wo ich es sehen kann.“

<sup>23</sup> Mayans betont, daß er die Fehler im Buch von Heineccius (und die anderer Autoren) vermerkt hat. Er besorgte eine Kritik oder Zensur des Naturrechtsbuches von Heineccius im Auftrag des *Fiscal de la Suprema* Orobio Bazterra, die er 1767 dem Generalinquisitor Quintano de Bonifaz übersandte. Dieser Bericht fehlt seit 1956 im einschlägigen Archivbestand (Archivo Histórico Nacional, Inquisición, leg. 4431, expediente I, 2–8). Mayans teilt mit, daß er den Text zweimal einschickte („man könnte einen korrigierten Heineccius veröffentlichen, wie ich ihn zweimal der Inquisition sandte“), *Gregorio Mayans y Siscar*, Epistolario IX: Mayans y Martínez Pingarrón, 3. Real Biblioteca y Política Cultural. Transkription, Einleitung und Anmerkungen von Antonio Mestre (Valencia 1989) 163–166 Nr. 118, hier 165 (Brief vom 18. Oktober 1768). Mayans und Quintano de Bonifaz waren befreundet; in einem Brief an Pérez Bayer vom 24. April 1765 sagt er, daß er viel Umgang mit dem Generalinquisitor hatte, „der mich sehr fördert“, siehe *Gregorio Mayans y Siscar*, Epistolario VI: Mayans y Pérez Bayer. Transkription, Anmerkungen und Einleitung von Antonio Mestre (Valencia 1977) 265–268 Nr. 160, hier 265 (Brief vom 24. April 1765). Es existiert die Zensur, die sein Schüler Joaquín Marín in der zitierten Ausgabe des Werks von Heineccius von 1776 ausführte.

<sup>24</sup> In einem Brief erklärt Mayans deutlich seine Absicht: „Das erste und grundlegende Studium eines jeden Menschen muß das von seiner eigenen Verpflichtung sein; es ist beschämend, daß ein Christ mißachtet, was ein Heide wußte. Deshalb muß man immer wieder Ciceros drei Bücher *De officiis* lesen, die sicherlich eine sehr nützliche Lehre enthalten, dargelegt mit bewundernswerter Beredsamkeit [...]. Dieses Studium kann man vorbereiten, indem man mit großer Aufmerksamkeit die beiden Büchlein von Samuel Pufendorf liest, *De officiis hominis et civis*, und die *Praelectiones* hinzufügt, die Johann Gottlieb Heineccius darüber schrieb, und die *Observaciones y Notas* von Everardo Otón und Juan Barbeyrac. Aber ich muß auf etwas hinweisen: die Bücher von Cicero, einem Heiden, und die von Pufendorf, Heineccius, Otón und Barbeyrac, die Protestanten sind, enthalten einige Fehler, die allerdings leicht zu erkennen sind...“, zitiert bei Antonio Mestre *Sanchís*, *Mayans y la España de la Ilustración* (Madrid 1990) 172.

gegenzustellen, das die Lehrstühle erobert hatte und nach und nach Anhänger unter den Juristen, Politikern und Herrschern fand<sup>25</sup>.

So ist es zutreffend zu behaupten, daß der Autor in der *Filosofía Cristiana* eine doppelte Kritik anbrachte: Einerseits kritisierte er die Moralphilosophie oder Ethik (wie einige sie nannten), andererseits den Begriff des Naturrechts und die erkenntnistheoretische Herangehensweise. Beide Kritiken hatten einen gemeinsamen Ausgangspunkt: die transzendente Anthropologie, die sich gegen die in der Aufklärung herrschende Immanenzphilosophie durchsetzen wollte.

Dennoch stieß die Position von Mayans über den Inhalt der Moral mit dem vorherrschenden Geist der Epoche zusammen. Diese Vernunftethik gründete nach Barbadiño in der Fähigkeit des Menschen, Prinzipien unbedingter Gültigkeit, jenseits einer offenbaren und unveränderlichen Wahrheit, abzuleiten<sup>26</sup>. Mayans wollte die Moral in einem transzendenten und objektiven Plan verankern, der mit den aufgeklärten Vorschlägen kollidierte, die bestrebt waren, die Moral auf Subjektivität zurückzuführen und sie auf die Umstände eines jeden Menschen zu adaptieren: ein Rezeptbuch nach dem Maß eines jeden Individuums<sup>27</sup>.

Diese Einstellung darf nicht dazu führen, Mayans als Gegner der Aufklärung zu qualifizieren. Der Gelehrte aus Valencia vertraut nämlich auf die Vernunft, um die Wissenschaften, die Welt, die Künste und das ganze menschliche Wissen zu begreifen. Er akzeptiert den wissenschaftlichen Fortschritt und entnimmt ihm, was ihm nützlich erscheint – ebenso erklärt er sich mit den offenbaren Wahrheiten und der katholischen Konfession einverstanden.

Die Lehren von Mayans richten sich auch gegen den aufgeklärten Geist, der beanspruchte, die Wissenschaft und die Philosophie (auch die praktische Philoso-

<sup>25</sup> Diese Bewegung, die als modernes katholisches Naturrecht zur Zeit der Aufklärung bezeichnet werden könnte – Merkmale sind die Wiederbelebung einer objektiven Moral, ein auf Gott als Urheber und die Prinzipien der aristotelisch-thomistischen Philosophie begründetes Naturrecht – ist noch nicht gründlich erforscht. Vom Standpunkt der Moralphilosophie liegt eine ausgreifende und nützliche Studie vor: *Richard Bruch*, Ethik und Naturrecht im deutschen Katholizismus des 18. Jahrhunderts. Von der Tugendethik zur Pflichtethik (Tübingen, Basel 1997). Weitere wenig bekannte Autoren sind etwa: *Castus Innocens Ansaldo*, *De principiorum legis naturalis traditione libri III* (Mediolani 1742); *Johann Justin Schierschmidius*, *Elementa iuris naturalis, socialis et gentium* (Jenae 1742); *Christian August Crusius*, Anweisung vernünftig zu leben (Leipzig 1744, Nachdruck Hildesheim 1969); *Johann August Ernesti*, *Initia doctrinae solidioris proposita a I.M. Gesnero* (Gotingae 1746); *Joseph Leonhard von Banniza*, *Delineatio iurisprudentiae naturalis dissertationibus, quae de singulis materiis prodierunt, illustrata* (Vidobonae 1768); *Christian G. Seydlitz*, *Tractatus de moralitate actionum liberarum tan obiectiva, quam subiectiva* (Hafniae 1763); *Carolus Steinkellner*, *Institutiones philosophiae moralis in usum auditorum philosophiae conscriptae*, 2 Bde. (Vindobonae 1768–1769); *Carl Anton von Martini*, *Positiones de iure civitatis in usum auditorii Vindobonensis* (Vindobonae 1769) sowie *ders.*, *De lege naturali exercitationes sex*. Editio nova (Vindobonae 1770).

<sup>26</sup> Barbadiño [d.i. Luis Antonio Verney], *Verdadero método de estudiar para ser útil a la República y a la Iglesia*. Traducido al castellano por Joseph Maymó y Ribes, Bd. 3 (Madrid 1760) 122–123.

<sup>27</sup> Dazu *Francisco Puy Muñoz*, *La comprensión de la moralidad en el pensamiento español del siglo XVIII (1700–1760)* (1962) 90.

phie) am Rande jeder Wahrheit oder Dogmatik auszuarbeiten, die den Gebrauch der Freiheit ohne Bindungen behindert<sup>28</sup>. Für den Gelehrten aus Valencia muß der korrekte Gebrauch der Freiheit dort seine Grenze finden, wo Gott sie in seiner vorausschauenden Schöpfungstat aufrichtet. Die Grenze der menschlichen Handlungen ist also in dem gesetzt, was Gott dem Menschen gezeigt hat und dieser mit der Vernunft erkennt.

Nach der Entwicklung der Vorstellung vom Naturrecht bei Mayans auf der Textgrundlage seiner unvollendeten *Filosofía Cristiana* ist es angebracht, einen Blick auf die naturrechtlichen Ideen des Autors zu werfen, die Zurückweisung der juristischen Modernität und wie sich andeutet, was ein systematischer Vorschlag zum Naturrecht hätte werden können, der zum Leidwesen der spanischen Aufklärung unvollendet blieb.

Mayans' Einstellung gegenüber den modernen naturrechtlichen Theorien läuft auf eine vollständige Ablehnung der grundlegenden Postulate hinaus, weil er dafür hielt, daß die naturrechtlichen Lehren gegen die Religion waren und folglich gottlos<sup>29</sup>, die Thesen zudem unbrauchbar, um das Naturrecht zu beweisen und zu erkennen, den Ursprung der Gesellschaft zu erklären und die juristischen Institutionen zu begründen. Einer der aussagekräftigsten Texte in diesem Sinne ist der folgende: „Grotius, Selden und Pufendorf, die von den Modernen als Lehrer des Völkerrechts verehrt werden, irrten darin, das Naturrecht nicht in den Gesetzen der göttlichen Vorsehung zu gründen [...]“<sup>30</sup> Dieser kurze Hinweis gibt einen Fingerzeig auf Mayans' Vorstellung vom Naturrecht. Ergänzend ein weiteres Bruchstück: „Der Wille Gottes ist Gott selbst. Dieser Wille ist, wenn er dem Verstand der Menschen gezeigt wird, das Naturrecht und das Recht der Völker; wenn er durch die Kirchenoberen erklärt wird, ist er das kanonische Recht; wenn er durch die Juristen erklärt wird, ist er das Zivilrecht. Alles, was mit dem göttlichen Willen nicht übereinstimmt, ist kein Recht und kann es nicht sein. Ein sehr umfangreicher Band würde nicht ausreichen, um das zu erläutern. Aber das Wichtigste wird man aus meiner *Razonatoria* ansehen können<sup>31</sup>. Das Naturrecht besteht, insoweit es bestimmt, insoweit es verbietet und insoweit es erlaubt. Insoweit das

<sup>28</sup> *Barbadiño*, Verdadero método 119: „Viele sind davon überzeugt, daß die Ethik allein den Theologen gehört, die sie Moralisten oder Kasuisten nennen, und mit dieser Ansicht trennen sie sie von der Philosophie. Aber derartige Menschen beurteilen diesen Gegenstand sehr schlecht [...]. Indem die Ethik in der Sammlung von Geboten besteht, die das Licht der guten Vernunft den Menschen als notwendig erweist, um ehrenhafte und der bürgerlichen Gesellschaft nützliche Handlungen auszuführen, gehört sie in legitimer Weise dem Philosophen.“

<sup>29</sup> *Gregorio Mayans y Siscar*, Epistolario VII: Mayans y Martínez Pingarrón, I. Historia cultural de la Real Biblioteca. Transkription, Einleitung und Anmerkungen von *Antonio Mestre* (Valencia 1987) 335–336 Nr. 247 (Brief vom 20. Februar 1750).

<sup>30</sup> *Mayans y Siscar*, Epistolario IV, 249–255 Nr. 94, hier 251 (Brief vom 24. September 1740). Obwohl er ein sehr positives Urteil über das Werk von *Jean Jacques Burlamaqui*, *Principes du Droit Naturel* (Geneve 1747) fällte, kritisierte er es und empfahl es nicht, weil Burlamaqui daran festhielt, daß der Ursprung des menschlichen Gesetzes nicht der Wille war, was wiederum die Ansicht von Mayans war.

<sup>31</sup> In diesem Werk findet sich keine systematische Darstellung, wie man aus der Absicht Mayans' ableiten könnte.

Naturrecht es erlaubt, kann man abziehen, was es abzuziehen erlaubt. Das wußten die Interpreten der *Instituta* nicht; das ist die natürliche Jurisprudenz meiner *Razonatoria*, und daher sage ich, daß sie alle Prinzipien und Regeln für alle Arten von Gesetzen enthalten wird, auch wenn das den Ignoranten unmöglich erscheint, weil sie die Ursprünge der Dinge nicht ergründen können.“<sup>32</sup>

Die Vorstellung vom Naturrecht bei Mayans kann man folgendermaßen zusammenfassen: Es handelt sich um eine überpositive juristische Regelung, die vom Menschen mit Hilfe seiner Intelligenz entdeckt wird und deren Gesetze und Gestaltungen auf dem göttlichen Befehl gründen müssen. Mayans ist im theonomischen Naturrecht anzusiedeln. Unter dieser Voraussetzung kritisiert er die modernen Autoren, die den Ausdruck *ius naturale* benützten, ihn aber seines Inhalts entleerten und sogar den Sinn römischrechtlicher Texte verfälschten<sup>33</sup>.

Diese abweisende Haltung gegenüber jedem mit Modernität „kontaminierten“ oder, anders ausgedrückt, nicht strikt an die christliche Philosophie angebondenen naturrechtlichen Ansatz bewahrt er sogar gegenüber spanischen Autoren.

Nach dem Studium der Kritiken anderer Autoren und den Vorschlägen, die Mayans selbst in seinen Schriften unterbreitet, und in Anbetracht seines Interesses für das Naturrecht bei Ablehnung der modernen naturrechtlichen Doktrin, stellt sich die Frage: Wie entwickelt sich diese Idee des Naturrechts? Aus dem Gegebenen kann man ableiten, daß Mayans ein naturrechtliches Konzept vorschlägt, das als Fundament die christliche Offenbarung annimmt, in deren Grenzen die Sätze entwickelt werden<sup>34</sup>.

Ein Wesensmerkmal ist die Unveränderlichkeit, weil sie Gott zum Urheber hat, dessen Wille sich nicht wie der einer zeitlichen und umstandsbedingten Änderung unterworfenen Wille der Menschen ändert: „Der Wille Gottes ist Gott. Sein allen vernünftigen Wesen erklärter Wille ist das Naturrecht. Gott ist ewig, sein Wille ist ewig, das Naturrecht ist ewig, weil alles eins ist. [...] Das Zivilrecht kann nicht natürliches Gesetz sein und auch nicht natürliche Vernunft (das ist dasselbe), wenn nicht bewiesen wird, daß es der allen Menschen dargelegte göttliche Wille ist. In einigen Gesetzen ist das der Fall, in anderen nicht.“<sup>35</sup>

Das Konzept von dem in Gott gegründeten natürlichen Gesetz findet sich in verschiedenen Arbeiten Mayans'. So betont er 1747 in einer öffentlichen Stellungnahme – zeitgleich mit der *Filosofía Christiana* –, daß „das natürliche Gesetz eine der immerwährenden und unerschöpflichen Quellen der wahren Weisheit ist“<sup>36</sup>,

<sup>32</sup> *Mayans y Siscar*, Epistolario IV, 155–159 Nr. 65, hier 157 (Brief vom 2. Juli 1740).

<sup>33</sup> Vgl. *Francisco Carpiñero*, Nuestros prejuicios acerca del llamado Derecho Natural, in: *Persona y Derecho* 27 (1992) 25–92.

<sup>34</sup> Vgl. *Antonio Mestre*, Los Manteístas y la cultura ilustrada [Einleitung], in: *Mayans y Siscar*, Epistolario VIII, 7–60, hier 29.

<sup>35</sup> *Mayans y Siscar*, Epistolario IV, 337–340 Nr. 131, hier 337 (Brief vom 25. Februar 1741). Vgl. ebd. 521–524 Nr. 212, hier 522 (Brief vom 25. November 1741): „Das natürliche Gesetz ist der allen Menschen erklärte Wille Gottes. [...] Es ist natürliches Gesetz: liebe deinen Nächsten wie dich selbst“. In diesem Fall fügt er die Gebote des Dekalogs in die dem natürlichen Gesetz eigenen Inhalte ein.

<sup>36</sup> *Gregorio Mayans y Siscar*, Acción de Gracias a la Divina Sabiduría (Valencia 1747) 16.

dessen Kenntnis man mittels der natürlichen Vernunft des Menschen erlangt. Eine genauere Definition des natürlichen Gesetzes findet sich in seinem Werk *Ideas de un diccionario universal egecutada en la Jurisprudencia Civil*<sup>37</sup>, wo er betont, daß das „Naturrecht dasjenige [Recht] ist, das Gott allen Menschen eingepreßt hat und das in den Zehn Geboten erklärt wird“<sup>38</sup>.

In den 1750er Jahren verfügt Mayans über weiterreichende Kenntnisse des Naturrechts und der einschlägigen Autoren. Er sieht sich nun in der Lage, die Behandlung der Materie systematisch anzugehen und publiziert seinen wichtigsten Beitrag zum Naturrecht in der *Oratio ad Divinam Sapientiam Academiae Valentiae Patronam. Auctore Equite Laurentio Boturini Benaduci...*<sup>39</sup>. Die Rede Boturinis beabsichtigte, die Prinzipien des Naturrechts von G. B. Vico den Sitten und Gebräuchen der Indianer in Südamerika anzupassen und den Gesetzen, die für sie gemacht werden sollten<sup>40</sup>. In dieser Arbeit schlägt er die Existenz eines universellen, unveränderlichen, für alle verpflichtend bindenden Rechts vor, das in die Herzen der Menschen eingeschrieben ist, wie es die Theologie des Paulus dargelegt hatte<sup>41</sup>, und das nicht in den juristischen Texten gesammelt sein muß, um zwingende Kraft und Gültigkeit zu haben. Ein naturrechtliches Programm, das sich der juristischen Modernität widersetze, weil es die Existenz des Naturrechts und folglich jeglichen positiven Rechts in der Art oder Natur des Menschen begründete und nicht in der Rationalität oder in der Freiheit der Person.

Dieses Gesetz, das den Menschen unerbittlich zwingt, muß göttlichen Ursprungs sein und wird vom Menschen mittels der Vernunft erkannt<sup>42</sup>. Gott gab dem Menschen dieses Gesetz, damit er friedlich und in wechselseitiger Förderung mit den Mitmenschen in der Gesellschaft leben könne. Um dieses Ziel zu erreichen, dürfen die ethischen Tugenden nicht vergessen werden: Klugheit, Mäßi-

<sup>37</sup> Besagte Arbeit wurde 1768 publiziert. *G[regorio] Mayans y Siscar, Obras Completas*. Herausgegeben von *Antonio Mestre Sanchís*, IV: *Regalismo y jurisprudencia* (Valencia 1985) 539–575.

<sup>38</sup> *Mayans y Siscar, Idea de un diccionario universal, egecutada en la jurisprudencia civil* (wie vorstehende Anmerkung) 539. Mayans wird deutlich von *Thomas von Aquin* beeinflusst: *Summa Theologica*, I–II, q. 92, a. 2, q. 94 a. 1–6 und q. 95, a. 2 sowie 4. Einfluß hat auch die Definition von *Johann Gottlieb Heineccius*, *Elementa iuris naturae et gentium, commoda auditoribus methodo adornata* (Halea 1738), Lib. I, Cap. III, §§ LXXVII u. LXXVIII, 58–59, wo er offenlegt, daß das höchste Prinzip des Naturrechts der Wille Gottes ist.

<sup>39</sup> Der Text liegt als Manuskript der Biblioteca Nacional, Madrid, vor (Mss. 10579, 95–99). Es gibt einen unpaginierten Druck, Valencia 1750. Vgl. *Mariano Peset*, *Inéditos de G. Mayans y Siscar (1699–1771) sobre el aprendizaje del derecho*, in: *Anales del Seminario Metropolitano de Valencia* VI, 11 (1966) 59. Bisweilen wird die irrige Ansicht vertreten, dies sei die einzige Arbeit von Mayans über das Naturrecht. Eine moderne Edition findet sich in *G[regorio] Mayans y Siscar, Obras Completas*. Herausgegeben von *Antonio Mestre Sanchís*, V: *Ensayos y varia* (Valencia 1986) 391–395. Vgl. *Antonio Mestre Sanchís*, *Boturini e la diffusione di Vico in Spagna*, in: *Bolletino del Centro di Studi Vichiani* XXIV–XXV (1994–1995) 223–30.

<sup>40</sup> Vgl. *Mayans y Siscar, Obras Completas*, V, 391–392.

<sup>41</sup> Vgl. Röm 11,15 und Hebr 8,10.

<sup>42</sup> Vgl. *Mayans y Siscar, Obras Completas*, V, 392.

gung, Gerechtigkeit und Stärke<sup>43</sup>. Wenn der Mensch diese Tugenden anwendet, lebt und entwickelt er seine Existenz in der Weise, die seinem Wesen am angemessensten ist und erreicht schließlich die Glückseligkeit (dieser Ansatz hat Parallelen mit den grundlegenden Thesen der aristotelischen Tradition in der Ethik).

Im dritten Kapitel der *Filosofía Christiana*<sup>44</sup>, überschrieben „Vom natürlichen Gesetz“, findet sich die umfassendste und am stärksten systematische Abhandlung von Mayans über das Naturrecht. Hier legt er seine grundlegenden Ansichten über Prinzip, Urheberchaft, Verkündung und Objekt des natürlichen Gesetzes dar. Ebenso legt er die Voraussetzungen auseinander, die aus seiner Perspektive von jeder Idee des Naturrechts zu fordern sind: Erkennbarkeit, Wahrhaftigkeit, Evidenz, Angemessenheit und Einzigartigkeit. Gleichzeitig trägt er eine ausgedehnte Kritik an den früheren naturrechtlichen Theorien vor, vor allem im ersten Punkt, dem einzigen mehr oder weniger entwickelten. Durch das Sieb seiner Argumentation gleiten die römischen Rechtskundigen, die Scholastiker und moderne Autoren von Grotius bis Thomasius, deren Theorien ihm als Folie dienen, vor der er seine eigenen Lehren ausbreitet<sup>45</sup>.

Mayans nahm sich vor, ein offensichtliches und allgemeines Prinzip zur Erkenntnis des natürlichen Gesetzes zu formulieren, da seine Existenz keinem Zweifel unterlag und keiner Rechtfertigung bedurfte. Auf diese Weise verfuhr Mayans konsequent, weil der naturrechtliche Streit sich um die Kenntnis, nicht um die Existenz des natürlichen Gesetzes drehte, und er versuchte, einige allgemeine und weithin von allen akzeptierte Voraussetzungen zu geben, auf die das Naturrecht zu gründen war.

Gleichwohl findet man im Text Feststellungen über das Naturrecht, seinen Ursprung und worauf es sich gründet. So zum Beispiel bekräftigt er, um es von der Politik, der Ökonomie und der Moralphilosophie zu unterscheiden, daß das Naturrecht sich um das Gute bemüht, insoweit es gerecht, ehrlich und anständig ist.

Für Mayans hat eine korrekte Formulierung einer Vorstellung vom Naturrecht fünf Voraussetzungen zu erfüllen (es muß erklärend, wahr, evident, einzig und angemessen sein), und er kritisiert die modernen Autoren, weil sie Prinzipien voraussetzen, die diese Eigenschaften nicht aufweisen. In seiner Schrift widerlegt er

<sup>43</sup> Ebd. 393.

<sup>44</sup> Das Kapitel wird eingeleitet von einer Darstellung des Konzepts vom Recht und einer Beschreibung einiger grundlegender juristischer Institutionen. Vgl. *Antonio Mestre Sanchis*, Una réplica inédita de G. Mayans a la teoría de Pufendorf sobre el principio del Derecho Natural, in: *Joaquín Álvarez, José Checa Beltrán* (Hrsg.), *El siglo que llaman ilustrado. Homenaje a Francisco Aguilar Pinal* (Madrid 1996) 643–652. *Gregorio Mayans y Siscar*, *Filosofía Cristiana*. Apuntamientos para ella. Transkribiert, eingeleitet und annotiert von *Salvador Rus Rufino* (Valencia 1998) 197–224.

<sup>45</sup> Einige der zitierten Autoren rekurrten auf Gott als Fundament, Quelle und Ursprung des Naturrechts. *Er ist ein Deus ex machina*. Mayans kritisierte diese Doktrin. Vgl. *Francisco Carpintero*, La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal, in: *Jesús Ballesteros* (Hrsg.), *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Bd. 1 (Valencia 1995) 41–58.

eingehend Pufendorf, und am Leitfaden seiner Kritik entwickelt er die fundamentalen Ideen darüber, was für ihn das Naturrecht ist.

Mayans vertritt folgende Position: Er geht von den von der Offenbarung angebotenen und von der Vernunft erkannten Gegebenheiten aus, weshalb er die andernorts getroffene Feststellung des Paulus akzeptiert, daß das Naturrecht in das Herz der Menschen eingeschrieben ist. Von diesem Prinzip leitet er ab, daß die Menschen nicht ihre eigene Ursache sind, sondern daß die Ursache außerhalb von ihnen ist. Der Verursacher muß vollkommener als der Verursachte oder die Wirkung sein, die von jenem abhängt. Der Mensch ist von Gott geschaffen, also muß seine Handlung dem Willen Gottes entsprechen. Diese Festlegung von Mayans umrahmt alle Handlungen des Menschen, die sich dem Ziel – das bedeutet einerseits Gott, andererseits die Verfolgung der individuellen Perfektion als Mittel – zuwenden müssen. Er kommt zu folgendem Schluß: „Der Urheber des Naturrechts muß derartige Macht haben, daß er diese Prinzipien in das Herz schreiben kann. Gott hat diese Macht, also ist nur Gott Schöpfer des Naturrechts.“ Also kommt die Urheberschaft am Naturrecht einzig und allein Gott zu.

Nach der Darlegung der Herkunft und der Notwendigkeit des Rechts geht er zu anderen wichtigen Aspekten über wie Verkündung, Kenntnis und Studium desselben durch die Vernunft. Die Positivierung des Naturrechts – oder mit anderen Worten: die Anpassung des positiven Rechts an das Naturrecht – hat als unmittelbare Folge die Schaffung von Verpflichtungen gegenüber den beseelten und unbeseelten übernatürlichen Wesen. Er beschließt seine Darstellung – nach der Kritik der früheren Thesen – damit, daß das erklärende Prinzip des Naturrechts, von dem alle anderen Wahrheiten abgeleitet werden können, darin besteht, daß wir von Gott geschaffene und von ihm abhängige Geschöpfe sind und wir uns daher aufgrund dieser Verbindung verpflichtet sehen, seinen Willen zu erfüllen und den Zweck, den er setzte, als er uns schuf. Daher der Vordersatz, von dem alle weiteren abgeleitet werden können: „Tue alles, was dem Ziel Gottes bei der Erschaffung des Menschen entspricht und unterlasse das Gegenteil.“ Soweit die grundlegenden Thesen, die Mayans in seinem Werk entwickelt.

Nach der Zusammenfassung der Thesen von Mayans gilt es, sie zu bewerten, um eine allgemeine Schlußfolgerung zu ziehen, die die These des Autors erläutert. Gemäß den vorstehenden Feststellungen kann man Mayans in die naturrechtliche Richtung einordnen, die als überpositives letztes Fundament des Naturrechts Gott vorschlägt<sup>46</sup>. Das heißt, er bejaht, daß Gott der Urheber der Gesetze ist und die Menschen am von Gott geschaffenen Gesetz lediglich mittels der Vernunft teilhaben. Diese These ist der klarste Schluß, der aus den von Mayans bekannten Schriften gezogen wird. Die Frage drängt sich auf, warum Mayans für diese Strö-

<sup>46</sup> Ohne in göttlichen Voluntarismus, Fideismus oder in einen Deismus zu verfallen, wie es vielen seiner Zeitgenossen widerfuhr. Auf der anderen Seite ist die Funktion Gottes im naturrechtlichen System von Mayans nicht die bequeme Rolle, die ihm von den europäischen Aufklärern zugeteilt wurde: Helfershelfer einer jeden Theorie, eines jeden Buches zu sein, das von einem Naturrechtler geschrieben wird; vgl. *Francisco Carpintero*, *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal* 52.

mung optierte, während im intellektuellen Umfeld Europas, das er aus erster Hand kannte und mit dem er viel korrespondierte, sich eine andere Weise entwickelte, das Naturrecht zu verstehen<sup>47</sup>.

Folgende Antwort könnte gegeben werden: Eben weil er die Schriften der modernen Autoren und deren Folgen kannte, optierte er für eine Wiederbelebung der Fundamentalprinzipien des theonomischen Naturrechts. Aber es erhebt sich ein anderer Zweifel: Warum benutzte er nicht die Schule von Salamanca (er kannte sie, da er ihre Lektüre in seinen Briefen empfahl und sie in seinen Schriften und Rechtsgutachten zur Erklärung des Naturrechts verwendete), oder stützte sich wenigstens auf sie?

Diese Frage auf zufriedenstellende Weise zu beantworten, ist ein wenig schwieriger. Für ihn ist das Naturrecht etwas strikt juristisches, das heißt, eine Wissenschaft, um die sich fast ausschließlich die Juristen zu kümmern haben, nicht die Theologen oder Moralphilosophen. Darin hat Mayans Anschluß an eine Tradition des juristischen Denkens gefunden, die ihren Ausgang im Mittelalter nimmt<sup>48</sup> und sich der Vernunft bedient, um die juristischen Texte zu interpretieren; sie schließt die Theologie (nicht Gott) als Methode zum Studium des Rechts aus, weil die Theologie von der Offenbarung ausgeht, die Juristen dagegen nicht. Außerdem hatten die mittelalterlichen Autoren das Naturrecht nur als Gegenstand behandelt, der mit den römischen juristischen Texten und der Jurisprudenz selbst verbunden erscheint, aber nicht als Grundlage des positiven Rechts<sup>49</sup>. Als Hypothese kann formuliert werden, daß Mayans vom Ansatz der Juristen – die nicht Theologen waren – beeinflusst ist, die ein juristisches System neben der Theologie, oder besser gesagt: von der Theologie unabhängig, konstruieren wollten. Aus diesem Grund vielleicht benützt Mayans die Werke der spanischen Theologen der Schule von Salamanca nicht, weil er ein Naturrecht entwickeln wollte, das in Gott gegründet ist, ohne aber Teil der Theologie zu sein – dies hatte die moderne Schule an den mittelalterlichen Denkern kritisiert. Auf der anderen Seite wird deutlich, daß die Prinzipien, auf denen sich das rationalistische Naturrecht gründet – Vernunft, individuelle, gleiche, freie menschliche Natur, Vertrag oder Pakt, natürliche Rechte usw. – nicht geeignet sind, um eine vollständige Theorie des Naturrechts

<sup>47</sup> Man muß in Rechnung stellen, daß die naturrechtlichen Traktate des 18. Jahrhunderts im wesentlichen den von den großen Autoren des vergangenen Jahrhunderts – vor allem Grotius und Pufendorf – gebahnten Weg verfolgen. Aber sie verlassen die Weise der Problembehandlung, das heißt, es werden eher theoretische Traktate geschrieben, die näher an der Philosophie stehen und die juristischen Probleme beiseite stellen.

<sup>48</sup> Diese Frage würde sehr weit führen; es handelt sich dabei um einen wichtigen Punkt, der näher behandelt werden müßte, da Mayans ein guter Kenner der mittelalterlichen juristischen Tradition war. Dies kann ersehen werden in der Einleitung von Antonio Mestre Sanchís und Pablo Pérez García, in: *Mayans y Sisear*, Epistolario XIV, 36–40. Zum Ganzen vgl. *Francisco Carpintero*, Sobre la génesis del Derecho Natural racionalista en los juristas de los siglos XIV–XVII, in: *Anuario de Filosofía del Derecho XVIII* (1975) 263–305; ders., El Derecho Natural laico en la Edad Media. Observaciones sobre su metodología y conceptos, in: *Persona y Derecho* 8 (1981) 33–100.

<sup>49</sup> Dazu *Francisco Carpintero*, El Derecho Natural laico en la Edad Media 92–96.

zu entwickeln, weil sie nicht evident sind und sich aus ihnen nicht alle Wahrheiten ableiten. Es war notwendig, ein anderes Prinzip zu suchen, das sich als Beachtung der Grundprinzipien des praktischen Handelns zusammenfassen läßt, die eine Äußerung Gottes gegenüber den Menschen darstellen. Aus diesem Grund beginnt er auf der einen Seite Moralphilosophie als Grundlage des Naturrechts zu betreiben und auf der anderen Seite verzichtet er auf die modernen naturrechtlichen Thesen, die jegliches theologische Faktum aus dem Weg räumten, das – vor allem im 18. Jahrhundert – dazu diente, das Naturrecht zu begründen.

Wie man gesehen hat, entwickelte Mayans seine Ideen über das Naturrecht im wesentlichen zwischen 1739 und 1750. In diesen Jahren hatte Mayans Gelegenheit, aus erster Hand die wichtigsten Texte des juristischen Denkens in Europa kennenzulernen und die neuen naturrechtlichen Tendenzen gründlich zu studieren, die sich im kulturellen Milieu Spaniens entwickelten. Als er die Gelegenheit hatte, 1767 den Studienplan für die spanischen Universitäten zu entwerfen, war seine Idee vom Naturrecht sehr bestimmt.

Die grundlegende Idee, die Mayans ausweislich der Texte, die auf uns gekommen sind, über das Naturrecht darlegt und entwickelt, ist, daß Gott alle Handlungen und Bewegungen des Menschen mittels des ewigen Gesetzes beherrscht<sup>50</sup>. Der Mensch erkennt dieses Gesetz an seiner Manifestation in den geschaffenen Dingen und durch die Teilhabe an ihm. Dieses Gesetz wird ewig genannt, weil es bei Gott ist, und natürlich, weil das Geschöpf daran teilhat. Die unmittelbare Folge ist die Ableitung jeglichen Gesetzes vom ewigen Gesetz, einschließlich des menschlichen Gesetzes, das sich ihm anpassen muß.

Eine andere grundlegende Idee ist das Konzept von der Teilhabe des Menschen als vernunftbegabtem Wesen am ewigen Gesetz. Der Mensch nimmt an ihm teil mit der Vernunft, die es erkennt; deswegen legt Mayans den Nachdruck auf die Prinzipien der Erkenntnis des natürlichen Gesetzes. Das Naturrecht ist kein Produkt oder hat – besser gesagt – als einzigen Grund die menschliche Vernunft, noch ist die Vernunft sein Fundament – im Gegensatz zur Meinung der modernen Naturrechtler. Die Vernunft dient nur dazu, es zu erkennen und Folgerungen abzuleiten, wie etwa die Verbindlichkeit<sup>51</sup>. Also kann Mayans auf kohärente Weise

<sup>50</sup> Hier liegt ein Einfluß von *Thomas von Aquin* vor: *Summa Theologica* I-II, q. 93, a.1-3 und I-II, q. 91, a. 1. Daher widmet er in seiner *Filosofía Cristiana* einen wichtigen Teil dem Studium der Handlungen des Menschen, was bei den aufgeklärten Autoren ein notwendiges Erfordernis beim Studium des Naturrechts war – man konsultiere nur die wichtigsten Handbücher der Epoche.

<sup>51</sup> Die Verpflichtung als Argumentationsfigur war bei den Naturrechtsautoren im 18. Jahrhundert verschwunden. An ihrer Stelle zitierte man die Zurechnung, zum Beispiel [*Christian Thomasius*], *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* [...] (Halae, Lipsiae 1718, Nachdruck Aalen 1963), Lib. I Cap. VII, §§ 18–55, 191–200. Dieses Problem wurde von den Naturrechtsautoren der Zeit behandelt, vgl. z.B. *Heineccius*, *Elementa juris naturae et gentium*, Lib. I, Cap. I, §§ 1–9. Zum Problem der Verbindlichkeit vgl. *Francisco Carpintero*, *Deber y fuerza: la modernidad y el tema del deber jurídico*, in: *Obligatoriedad y Derecho*. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Oviedo 1991) 151–181; *ders.*, *La cómoda función de Dios en el iusnaturalismo otoñal* 44–45.

vorschlagen, daß der Ursprung des Naturrechts Gott ist und die verbindliche Kraft seiner Gebote von ihm herrührt. Ebenso bekräftigt er, gegen seine Zeitgenossen, daß das natürliche Gesetz die Folgerungen der praktischen Vernunft enthält, die aus der Erkenntnis des Wesens des Menschen abgeleitet sind. Daher leugnet er – anders als die modernen rationalistischen Autoren –, daß man zur Erkenntnis des natürlichen Gesetzes mittels einer logisch-rationalen Deduktion gelangen könne<sup>52</sup>.

Mayans konnte die Methode rationaler Deduktion nicht akzeptieren, die auf strenge und logische Weise trachtete, eine durch Rechte und Gesetze auf soliden, als Ausgangspunkt dienenden Fundamenten definierte moralische und politische Ordnung zu errichten. Ausgangspunkte konnten etwa, wie gesagt, der Naturzustand und die Vertragstheorie sein.

Bekanntlich strebte das 18. Jahrhundert, das Zeitalter der Aufklärung, in allen Bereichen nach Originalität. Gleichwohl ist Mayans nicht von diesem Geist durchdrungen. Er ist ein Forscher, der die Wahrheit in einem Prozeß intellektuellen Fortschritts und intellektueller Vertiefung sucht. Er schlug keine Neuigkeiten vor, ohne vorher einen Stützpunkt im Erbe der Tradition zu finden, die es wert war, fortgeführt zu werden, weil sie nicht alles bedacht hatte, das heißt, er wollte das Wissen nicht abschließen. Seine Zurückweisung der juristischen Modernität folgt genau diesem Weg: Die moderne Philosophie ist systematisch – denken wir an das Interesse Pufendorfs, sein Werk als System zu präsentieren gegenüber dem Kasuismus der römischen Jurisprudenz – und daher (ab)geschlossen. Die Verfasser moderner Naturrechtstraktate verwechselten die Philosophie mit absolutem, in einem Text einschließbarem Wissen. Sie hatten alles gesagt, und nach ihnen blieb nur die Wiederholung. Diese Haltung ist keine Überlegung im luftleeren Raum. Die Mehrheit der mehr oder weniger kurzen Texte, die im 18. Jahrhundert über das Naturrecht erschienen, beschränken sich darauf, die Werke der großen Autoren Grotius und Pufendorf zu glossieren, zu wiederholen, zu verteidigen und zu kommentieren. Die akademischen Dissertationen waren nichts anderes als Darlegungen eines Teiles der Werke dieser großen Autoren. Es genügt die Lektüre eines der zahlreichen bibliographischen Repertorien der Epoche, um festzustellen, daß dies keine Erfindung ist. Mayans kritisiert die moderne Philosophie, weil sie die historische Situation nicht zu bedenken scheint, die übernommene intellektuelle Erbschaft, oder besser gesagt, weil die modernen Denker eine bewußte Auswahl des früheren Denkens vorgenommen hatten, wobei sie aus der Gesamtheit das auswählten, was zu ihren Überzeugungen, ihrer Sicht der Welt und ihrem philosophischen Denken paßte. Mayans akzeptierte Fabelgeschichten, Legenden und dergleichen nicht als reale Geschichte; ebensowenig akzeptierte er eine Philosophie, die sich als ursprünglich, systematisch und abgeschlossen bezeichnete und

<sup>52</sup> Siehe *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica* I–II, q. 94, c. 2, ad 1. Zu diesem Thema gibt es ein reiches Schrifttum; ein älterer, aber zum Verständnis der modernen philosophischen Methode und ihrer Anwendung auf das Studium des Naturrechts immer noch sehr nützlicher Text ist *Wolfgang Röd*, *Geometrischer Geist und Naturrecht. Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert* (München 1970).

die vorherige Tradition geringschätzte, beleidigte und diskreditierte. Daher zentriert er seine Kritik am modernen Naturrechtsdenken in der Anthropologie und macht einen anderen Vorschlag: den Menschen wiedergewinnen als Wesen, das mit anderen zusammenlebt und das sich an der Transzendenz, aus der er kommt, durch die er existiert und in der er sein Ziel hat, orientiert. Das Naturrecht ist in diesem Kontext nicht mehr als das, was die Vernunft zu verstehen vermag, um dieses Ziel in der Gesellschaft zu erreichen und eine menschliche Gemeinschaft zu errichten, die rechtschaffen und ehrlich ist.

Die kurzen Skizzen, die er über das Naturrecht entwirft, versuchen nicht wie bei anderen Autoren, das Thema abzuschließen, eher beabsichtigen sie, die Forschung fortzusetzen, neue Wege zu eröffnen, wie etwa die Erforschung des Naturrechts, seinen Einfluß auf die Gesellschaft und auf das Leben der Menschen. Mayans schlägt eine Reflexion und eine Revision vor, die offen sind gegenüber dem großen Problem des Naturrechts als Fundament des positiven Rechts. Und das erklärt auf gewisse Weise, warum er sich nicht an die Autoren der Schule von Salamanca wandte, denn er sah, daß auch der Thomismus so wie die modernen Philosophen wirkte, indem er systematisches und geschlossenes Wissen präsentierte, das auf der Autorität eines Denkers basierte. Einige beschränkten sich darauf, einen wörtlichen Kommentar, eine Auslegung oder eine Apologie zum Werk eines berühmten Autors zu liefern. Etwas Ähnliches geschah mit der Scholastik, die, unfähig ihren Ansatz zu erneuern und die von den großen Autoren gesetzten Grenze zu überwinden, sich versenkt fand in einer beinahe wörtlichen Wiederholung der Ideen der Vergangenheit, die auf der unbestreitbaren Autorität des *magister* gründeten.

Mayans mußte einen schwierigen und langen Weg voller Fallen bahnen, um einen zusammenhängenden, stringenten Vorschlag zu formulieren, der Aufschluß über die Theorieangebote sowohl der scholastischen als auch der modernen Philosophie gab. Es war eine übermäßig große Aufgabe, und er zog es vor, sie nicht durchzuführen, vielleicht aus Zeitmangel, vielleicht, weil er nicht die nötigen Kräfte hatte, vielleicht, weil die beabsichtigte Ankunft in einem sicheren Hafen voraussetzte, in gewisser Weise mit der Vergangenheit zu brechen, mit der Gegenwart zusammenzustoßen und womöglich die Zukunft nicht zu verstehen. Der plausibelste Grund ist, daß er aller Wahrscheinlichkeit nach die Lösung des Problems nicht klar sah. Wenn er die Kapitel „De la verdad“ („Von der Wahrheit“) und „Sobre el hombre“ („Über den Menschen“) beendet hätte, hätte er eine Sicht des Problems erlangt, die bis dahin unbekannt und nicht vorgestellt war. Oder vielleicht hatte er die Sicht und ihm schwindelte; aber Mayans gehörte nicht zu denen, die sich vor Abgründen fürchteten. Er verzichtete nicht – obwohl er sich der modernen Philosophie widersetzte – darauf, die möglichen gemeinsamen Punkte beider Sichtweisen der Welt und des Lebens zu suchen. Diese Anstrengung hing zusammen mit der gemeinsamen Überzeugung, die seit dem Humanismus die europäischen Intellektuellen beherrschte. Mayans nahm nach Maßgabe seiner Möglichkeiten – die beschränkter waren, als es auf den ersten Blick erscheint – an dieser öffnenden Geisteshaltung teil, indem er mit allen Persönlichkeiten korrespon-

dierte, die er in seiner Zeit als wichtig erachtete oder die ihm schrieben. Aufrichtig und mit intellektueller Redlichkeit suchte er nach der Form, um zwei so weit voneinander entfernte Welten in Einklang zu bringen: das traditionelle theonomische Naturrecht und das moderne rationalistische Naturrecht. Sein Spielraum war begrenzt, wenn man bedenkt, daß die Annahme, Aspekte der protestantischen Philosophie könnten wertvoll sein, im Spanien des 18. Jahrhunderts gefährlich war. Ein möglicher Weg war, den „korrekten“ Gebrauch der Vernunft zur Erreichung der Wahrheit anzunehmen, aber auch dieser Weg hatte vorab die Vorherrschaft und die Autorität der Heiligen Schriften, der Kirchenväter, der scholastischen Theologen, der Inquisition oder eines hohen zeitgenössischen Würdenträgers zu bekräftigen. Angesichts dieser Schwierigkeiten sah er sich nicht in der Lage, so viele Tendenzen und so viele Vorbedingungen miteinander in Einklang zu bringen. Statt dem Eklektizismus zu verfallen, zog er es vor, seine Arbeit über das Naturrecht nicht zu beenden. Aber er vermerkte, daß sich etwas änderte und daß dieser Wandel zu einem Ergebnis führen würde, das die strengen Scholastizismen des aufgeklärten Naturrechts des 18. Jahrhunderts nicht enthielt – vielmehr war der Zielpunkt ein anderer. Er konnte vorausahnen, daß es sich um eine neue juristische Ordnung handelte, die moderner und deutlicher war, gesammelt in Gesetzbüchern, die in den Territorien eines souveränen Staates im allgemeinen Gebrauch waren. Mayans beschränkte sich also darauf, die Gefahren der grundlegenden Thesen des modernen Naturrechts aufzuzeigen – und uns mit dem traurigen und bitteren Eindruck zurückzulassen, daß er mehr hätte leisten können.

Mayans ist keine Ausnahme. Zeitgleich mit ihm gibt es die schon zitierten katholischen Autoren in Europa, die mit der methodischen und philosophischen Kritik des rationalistischen Naturrechts beginnen, wie I. Schwarz und A. Desing in Deutschland sowie G. V. Gravina, D. Concina und G. F. Finetti in Italien. Außerdem gibt es das noch wenig bekannte Bestreben von J. B. Almici, zwischen dem Katholizismus und den Theorien von Pufendorf zu vermitteln<sup>53</sup>.

Mayans nimmt in diesem intellektuellen Milieu an dem aufgeklärten Trend teil, der bestrebt ist, die Ideen der Juristen der romanistischen Tradition, vor allem das sogenannte *mos gallicus*, für das Studium und das Verständnis des Rechts wieder einzusetzen<sup>54</sup>. Er versucht ein Naturrecht innerhalb der katholischen Rechtgläubigkeit zu konstruieren, gegründet auf die von der Offenbarung dargebotenen Lehren und ausgehend von einer theozentrischen Anthropologie, die dem von Pufendorf und seinen Schülern entwickelten individualistischen und anthropozentrischen Ansatz Grenzen setzt<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> *Ioann. Baptista Almici*, *Institutiones iuris naturae et gentium, secundum Catholica Principia* (Brixiae 1768). Das Werk dieses Autors hatte einen gewissen Erfolg in Spanien; es wurde unter anderem an der Universität Valencia benutzt, wo 1787 eine Edition herausgegeben wurde.

<sup>54</sup> *Francisco Carpintero*, „*Mos italicus*“, „*mos gallicus*“ y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica, in: *Ius Commune* 6 (1977) 108–171.

<sup>55</sup> Siehe *Antonio Mestre Sanchís*, *Mayans y la España de la Ilustración 171–174*, wo gezeigt

Gleichzeitig denkt er wie ein Jurist, der die Prinzipien des Naturrechts wieder einsetzen will, um das positive Recht zu gründen, wobei er als grundlegende Voraussetzung eine objektive Moralphilosophie setzt. Das moderne Denken hatte bekanntlich von jeglicher Verbindung mit dem moralischen Objektivismus abgesehen<sup>56</sup>.

Mayans, so kann man zusammenfassen, arbeitet eine Theorie aus, die bestrebt ist, die Ideen eines theonomischen Naturrechts zu bewahren, aber gleichzeitig offen sein will für die wertvollen, bei den modernen Autoren zu findenden Neuigkeiten. Er verschreibt sich einer konstruktiven, nicht regulativen Moralphilosophie, das heißt, einer Moralphilosophie, die ein Ziel formuliert, zu dem hin „der Mensch streben muß, indem er seine Natur transformiert und entwickelt“, anstelle derjenigen, „die nur eine Ordnung innerhalb des gegebenen Seins des Menschen anstrebt, wobei die wahrnehmbaren Wirkungen unter der Idee eines Gesetzes begrenzt und zum Ausgleich gebracht werden“, eines Gesetzes, das nur von der Vernunft erkannt und abgeleitet wird<sup>57</sup>. Also widersetzt er sich dem Sinn und Inhalt, den das moderne juristische Denken dem Naturrecht gab. Und trotz des fragmentarischen Charakters seiner Zeugnisse ist er ein vielsagendes Beispiel einer besonderen Form, die Wissenschaft vom Naturrecht im Spanien des 18. Jahrhunderts zu entwickeln. Eine Spur, der sein Schüler und erster Lehrstuhlinhaber des Faches folgte: Joaquín Marín y Mendoza.

### 3. Die Geschichte des Naturrechts: Joaquín Marín y Mendoza

Marín, ein weiterer Schüler von Mayans aus Valencia, war der erste Professor für Natur- und Völkerrecht in Spanien. Als er sein Amt antrat, nahm er sich eine doppelte Aufgabe vor. Erstens lehrte er das Fach in den *Reales Estudios*. Zweitens verbreitete er die klassische aristotelisch-thomistische Naturrechtsdoktrin durch die Veröffentlichung eines Handbuchs für Studenten und eine Heineccius-Edition mit Kommentar, um den enthaltenen Irrtümern vorzubeugen. Seine Anstrengungen fanden Anerkennung, indem er erreichte, daß das Lehrfach belegt werden mußte, um als Anwalt in Madrid zugelassen zu werden. Marín wurde aber auch Ziel von Verdächtigungen, Zensur und Verfolgung von seiten einiger Kreise in der staatlichen Administration und in der Regierung, die die Professoren der *Reales Estudios* für von der katholischen Orthodoxie abgefallene Jansenisten hielten.

Marín löst eine entschiedene Diskussion mit dem rationalistischen Naturrecht aus, das in Europa dominierte. Als Alternative präsentierte er ein Naturrecht tra-

wird, daß die Kenntnis des Naturrechts und der Rechte des Menschen vereinbar waren mit der Lehre der katholischen Kirche.

<sup>56</sup> Vgl. das Einleitungskapitel zur *Filosofía Cristiana*, überschrieben „De la Filosofía en General, Naturaleza y parte de la Filosofía Moral“. Dort wird die Moralphilosophie definiert, indem sie einerseits von der Moralthologie, andererseits vom Naturrecht unterschieden wird.

<sup>57</sup> *Felipe González Vicén, La filosofía del Estado en Kant (La Laguna 1952) 47.*

ditionellen Zuschnitts, und er kritisierte die rationale Methode, die ein geordnetes, aber artifizielles System zu schaffen suchte, das jeden mit Recht, Gesellschaft, Staat, politischer Macht und Ethik zusammenhängenden Aspekt erklärte. Nachdem er die Methode der Konstruktion der Wissenschaft kritisiert hatte, versuchte er ihren grundlegenden Inhalt zu zerlegen: den Rationalismus, die Geringschätzung von Autorität und Tradition, den kompromißbereiten Voluntarismus und den individualistischen Utilitarismus.

Die Haltung von Marín steht dem modernen Naturrecht entgegen: Er suchte auf den Spuren seines Lehrers Mayans die Gemeinsamkeiten des theonomischen Naturrechts mit dem neuen Naturrecht, das sich in Europa ausbreitete. Diese Bemühung hing mit dem gemeinsamen Bewußtsein zusammen, das seit dem Humanismus die Intellektuellen beherrschte und das *Respublica Litteraria* genannt wird.

Marín hatte nach Maßgabe seiner Möglichkeiten an diesem Geist Anteil, daher suchte er nach der Art und Weise, zwei intellektuelle Welten in Einklang zu bringen, zwei Theorien über das Recht, die so weit voneinander entfernt waren. Unser Autor fand einen sehr engen Handlungsspielraum vor, weil es gefährlich war, Elemente der modernen und protestantischen Philosophie oder Kultur im Spanien des 18. Jahrhunderts einzuführen. Die Wiederherstellung des korrekten Gebrauchs der Vernunft war ein gangbarer Weg, aber es galt, das Prinzip der Autorität der heiligen Schriften, der Kirchenväter, scholastischen Theologen und der Rechtsgelehrten zu bewahren, was voraussetzte, erneut in das starre interpretative scholastische Schema zu verfallen, das sich gleichwohl als eine Reaktion auf die modernen naturrechtlichen Theorien entwickelte. Ab der Mitte des 18. Jahrhunderts begann eine Gruppe von Autoren die von der zweiten Scholastik verteidigten Theorien darzulegen, und sie begannen mit einer dreifachen Arbeit. Erstens fuhren sie fort, an der Universität das „traditionelle *ius commune* zu lehren, das vom Naturrecht so sehr geschmäht wurde und, in seiner konkreten, kasuistischen, romanistischen Natur, so weit vom protestantischen *ius naturale* entfernt war“<sup>58</sup>. Zweitens widerlegten sie die These, daß das Naturrecht eine Kreation *ex novo* von Grotius war, indem sie bekräftigten, daß es vor ihm einen Verbund von Traktatschreibern gegeben hatte, die systematisch die klassische naturrechtliche Doktrin entwickelt hatten. Die Kritik dieser Autoren an den modernen Naturrechtslehrern springt ins Auge, wenn man nur die Titel ihrer Bücher liest.

Außerdem führt diese Gruppe eine doppelte Aufgabe aus: Einerseits kritisieren sie die Lehren der wichtigsten modernen Naturrechtler von Grotius bis Wolff, andererseits betreiben sie eine Exegese der scholastischen naturrechtlichen Doktrin, wobei sie das Naturrecht in der Trilogie ewiges Gesetz – natürliches Gesetz – bürgerliches Gesetz definieren sowie den Vorrang der göttlichen Vernunft hervorheben, die ursprüngliche Übereinstimmung zwischen natürlichem und ewigem Gesetz bekräftigen und die Verwandtschaft mit der Moralthologie bewahren –

<sup>58</sup> Francisco Carpintero, La modernidad jurídica y los católicos, in: Anuario de Filosofía del Derecho V (1988) 405.

alles in allem entwarfen sie ein Naturrecht, das auf den Prinzipien der aristotelisch-thomistischen Philosophie basierte<sup>59</sup>. Diese Linie verfolgten Autoren wie zum Beispiel I. Schwarz, A. Desing und G. Finetti. In Spanien gelangen zu großem Einfluß D. Concina<sup>60</sup>, der Polygraph G. V. Gravina aus Kalabrien, schließlich der spanische Verfasser öffentlichrechtlicher Traktate P. J. Pérez Valiente.

Als Folge des Vorigen verkünden sie wiederum, daß das Naturrecht sich beschränkt auf „die klassische Idee der Gerechtigkeit, sie *erklären*, daß alles, was gerecht ist, mit dem Naturrecht übereinstimmt, weshalb man dieses Naturrecht nicht in den Himmeln der rationalistischen Spekulation, sondern in den tatsächlich bestehenden Gesetzen findet“. Daher folgern sie, daß das Naturrecht die wahre moralische Vernunft des Menschen respektieren und sich erneut auf einen ethischen Objektivismus gründen muß<sup>61</sup>.

Innerhalb der spanischen Landesgrenzen existierte keine Debatte über das Naturrecht. Denn die Autoren verschrieben sich der These des theonomischen Naturrechts und wiesen jeglichen modernen Ansatz zurück. Man proklamierte die Gültigkeit der aristotelisch-thomistischen Ansätze und des moralischen Objektivismus und wies Voluntarismus, Kontraktualismus oder Paktismus, Individualismus, Rationalismus und Eudämonismus zurück, die das moderne Naturrecht kennzeichnen.

Vor diesem Hintergrund ist der Anlauf von Marín wertvoll, aber er scheiterte<sup>62</sup>. Es hat den Anschein, daß Marín in einen gewissen Eklektizismus verfiel, weil er sich nicht imstande sah, das traditionelle oder theonomische Naturrecht mit dem juristischen und politischen Rationalismus zu versöhnen, der Europa eroberte. Dennoch macht ihn der Verlust des Bodens unter den Füßen nicht indifferent, sondern er optiert eindeutig für das am meisten traditionelle Denken, und er versucht, es auf einfache und klare Form in sein Handbuch einzuführen, in dem er nicht vergißt, die neuen Lehren kurz zu besprechen. Das setzt die Annahme voraus, daß etwas sich ändert und dieser Wandel in einen Hafen führt, der nicht derjenige ist, den die Scholastiker des 18. Jahrhunderts verteidigen wollten; eher handelt es sich um einen anderen Bestimmungsort, dessen Ende die Kodifikation ist, deren erste Versuche und Realisierungen im 18. Jahrhundert erschienen.

Andererseits weiß Marín – trotz aller Vorbehalte, die er setzt –, daß er einen Lehrstuhl innehat, dessen Aufgabe über die einfache Weitergabe einiger historischer und systematischer Inhalte des Naturrechts hinausreicht. Seine Aufgabe ist es, eine neue, mit den moralischen und religiösen Prinzipien des Katholizismus

<sup>59</sup> Vgl. Antonio Jara Andreu, *Derecho Natural y conflictos ideológicos* 161–167. Zu diesen Autoren siehe *Bruch*, Ethik und Naturrecht, mit einem Überblick zur katholischen Naturrechtslehre bis zum 17. Jahrhundert 16–24.

<sup>60</sup> Daniele Concina, *Ad theologiam Christianam dogmatico-moralem apparatus*, VI: *De iure naturae et gentium adversus Pufend.*, Barbeyr. Thomas, aliosque. Novatores, Romae, Editio Novissima, Apud Simonem Occhi 1773.

<sup>61</sup> Vgl. ebd. 410.

<sup>62</sup> Dazu Luis Legaz y Lacambra, *Droit naturel et méthode dogmatique dans l'enseignement du droit en Espagne*, in: *L'Educazione giuridica*, II: *Profili storici* (Perugia 1979) 143–157.

übereinstimmende Theorie zu entwickeln, um die Macht des Königs zu begründen. Die Stützpfeiler, auf die sich Marín zur Entwicklung seiner Forschung stützen mußte, waren in theoretischer Hinsicht zu schwach, aber sozial und politisch gesehen sehr stark und mächtig. Diese lebensweltliche und intellektuelle Situation erklärt seine Option für einen mittleren Weg: zu warnen vor den möglichen Gefahren des modernen Naturrechts, indem er dessen historische Entwicklung darlegt. Zur gleichen Zeit empfiehlt er die Lektüre einiger Autoren, die nicht verdächtigt werden, Irrtümer zu verbreiten, und deren Lektüre seine historischen Bemerkungen ergänzen könnte. Da er dieses Vorhaben nicht ausführen konnte und die Kritiken, Verfolgungen und Diffamierungen heftiger wurden, ebenso wie die Versuche, das Fach abzuschaffen, kann man unterstellen, daß er bei einem Angebot zu einer besser bezahlten Anstellung in seiner Heimat den Lehrstuhl aufgeben würde, den er mit soviel Freude und Projekten angetreten hatte.

Aber Marín hinterläßt, wie man zu sagen pflegt, verbrannte Erde. Er endet, ohne ein System zu entwickeln, das sich vom damals herrschenden rationalistischen System unterschied; er wirkt als Apologet, der die Theorien der einen – der modernen protestantischen Naturrechtler – kritisiert und vehement die Ideen der anderen – der scholastischen und katholischen Naturrechtler – verteidigt. Schließlich läßt sich festhalten, daß Marín eine große Zahl europäischer Naturrechtsautoren nicht nur dem Namen nach kennt – der unumstößliche Beweis ist, daß er nicht nur die Werke, sondern auch den Inhalt zitiert, den er gelesen hatte. Man kann gleichwohl nicht behaupten, daß er sie gründlich kannte, denn seine Darlegungen pflegen sehr kurz zu sein und beschränken sich vielfach darauf, Daten über Leben und Werk mitzuteilen. Das beraubt uns einer tiefergehenden Kritik, die mitten im 18. Jahrhundert sicherlich sehr wichtig gewesen wäre. Die Verteidigung, die er dem klassischen Naturrecht angedeihen läßt, ist manchmal auch sehr kurz und allgemein.

#### 4. Der Versuch der Versöhnung: José de Torres y Flórez

Dieser Autor war Professor der Universität Valladolid. Er begann, indem er einen Teil des römischen Rechts erklärte; von den Neuigkeiten angezogen, die in Europa hervorgebracht wurden, trat er in Kontakt mit den naturrechtlichen Ideen, die sich über alle Universitäten erstreckten und versuchte zu wiederholten Malen, die Errichtung eines Lehrstuhls für Naturrecht an seiner Universität zu fördern<sup>63</sup>. Seine Arbeiten zum Naturrecht sind im wesentlichen zwei unveröffentlichte Werke: *De Jure Naturale et Gentium positiones explicatae. Ad usum nobilis juventutis Hispaniae* – meines Wissens der erste Versuch, in Spanien ein Werk zu schreiben, das sich explizit an die Studenten der Rechtsschulen wandte, die erste

<sup>63</sup> Alle diese Aspekte habe ich in der Einleitung zur Edition von José de Torres Flórez, *Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre* (1788, Neuausgabe León 1994) 11–36, untersucht.

Kenntnisse im Naturrecht erwarben<sup>64</sup> –, sowie *Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre*. In beiden Werken legt er seine Ideen über das Naturrecht dar.

Sein Handbuch des Naturrechts beansprucht, eine Synthese zwischen der traditionellen und katholischen Doktrin (dafür nutzt er die einschlägigen Autoritäten: Griechen, römisches Recht, Kirchenväter, mittelalterliche Autoren usw.) sowie der neuen Philosophie herzustellen, die in Europa blühte und sich an den Universitäten ausbreitete. Sein Gebrauch von Grotius, Pufendorf, Heineccius und anderen Autoren enthüllt sein Interesse, aktuell zu sein und sich in die Diskussion über Sinn und Funktion des Naturrechts im juristischen und politischen Bereich einzuschalten. Diese „ökumenische“ Tätigkeit erreicht jedoch ihr Ziel nicht, weil sie auf die Unmöglichkeit trifft, eine Tradition mit der anderen in Einklang zu bringen. Zum Beispiel im Fall der Identifikation des Naturrechts mit der natürlichen Vernunft und den daraus entstehenden gnoseologischen Konsequenzen. Die Trennung zwischen Geboten des natürlichen und des göttlichen Rechts. Die Negation des Naturrechts als methodischer Anhänger oder Gegensatz des positiven Rechts. Ein betont ‚utilitaristischer‘ oder instrumenteller Charakter des Naturrechts zum Schaden der Gerechtigkeit. Für ihn ist die Natur ein intellektuelles Prinzip, dessen Fundament in den Dingen liegt, in der Realität, die dem Blick erscheint; so verdinglicht oder materialisiert sich die Natur und mischt sich somit mit den Dingen selbst. In dieser Weise ist die Natur das dem Subjekt, dem Menschen externe, es sind die wahrnehmbaren Dinge, die in der Umgebung des Menschen sind. Diese rationale, materielle und umstandsbedingte Natur kann nicht Prinzip des Naturrechts sein.

J. Torres hat den Zeiger der Waage in Richtung auf eine Öffnung zur juristischen Modernität hin gestellt, die mit den traditionellen oder gemäßigt aufgeklärten Ideen zusammenstieß. Die Konsequenzen eines derartigen Ansatzes sind eine Ungereimtheit in den Geboten, die aus besagtem Naturrecht hervorgehen und die in direktem Widerspruch zu den katholischen Ansätzen im Spanien des 18. Jahrhunderts stehen.

In seinem zweiten Werk, der *Disertación sobre la libertad natural jurídica del hombre*, erweist sich der Autor als vorsichtiger und schreitet zur Kritik der Fun-

<sup>64</sup> Das Manuskript besteht aus einem an die jungen Studierenden der Rechte in Spanien gerichteten Prolog sowie 37 *positiones*, also Thesen, die der Autor zu beweisen sucht. In dem Text werden alle Probleme angeschnitten, die als eigentlicher Gegenstand dieser akademischen Disziplin angesehen werden. An erster Stelle findet sich die Definition dessen, was Naturrecht ist und bedeutet. An zweiter Stelle steht das Naturrecht als normative Ordnung, seine Unterscheidung vom positiven göttlichen Recht und die Funktion, die es in der juristischen Ordnung hat. An vierter Stelle stehen Aspekte, die mit der Verbindlichkeit des Naturrechts und des positiven Rechts zusammenhängen, Veränderbarkeit, Sicherheit usw. An fünfter Stelle folgt eine Studie der juristischen Institutionen wie Familie, Befugnisse des *pater familiae*, Verträge. An sechster und letzter Stelle stehen Aspekte, die mit dem Völkerrecht zusammenhängen, wie Freiheit des Handels, industrielles Wachstum, Organisation der Staaten und Territorien, und vor allem eine Kritik am Kontraktualismus, der unter den europäischen Naturrechtlern so sehr akzeptiert war.

damente, auf die sich das Konzept vom Naturrecht in der modernen Philosophie stützt: den freien Willen, den Vertrag als Ursprung der Gesellschaft, die Herrschaft und das Vertrauen auf den Vernunftgebrauch, um darauf hinzuweisen, daß jegliche Realität einer univoken und unvermeidlichen Ordnung unterworfen ist wie der Logik, und er kritisiert den deterministischen Mechanismus bei Spinoza. Und er verkündet einen Menschen, der einer transzendenten Ordnung unterworfen ist, die ihm von außen zukommt. Ein Wesen, das im Gebrauch der Freiheit notwendig zu dem neigen muß, in dem es seinen Ursprung und sein Ende hat. Zusammenfassend: Der Mensch versenkt sich erneut in eine Realität, die er nicht konstruiert, sondern die ihm vorgegeben ist, mit der er leben muß und in der er gezwungen ist, seine Existenz zu entwickeln. Erneut akzeptiert der Autor die Prinzipien einer transzendenten Philosophie.

\*\*\*

Es ist angebracht, eine längere Arbeit mit Reflexionen zu schließen, die das präsentierte Panorama erhellen und in knapper Form die lange Reise resümieren, die auf den ersten Seiten angetreten wurde. Als erstes springt ins Auge, daß die wiederholten Versuche, die im Laufe des 18. Jahrhunderts dazu dienen, den Inhalt der *neuen Wissenschaft vom Naturrecht* zu entwickeln – Finestres, Mayans, Olavide, Marín, Jovellanos – zeigen, daß man eine Rechtsphilosophie suchte, die den Niedergang der spanischen Rechtswissenschaft nach ihrer Blüte im 16. und 17. Jahrhundert beenden sollte. Man suchte nicht nach theoretischen Fundamenten, sondern nach praktischen Prinzipien, die den Stempel der Nützlichkeit erteilen sollten, der so charakteristisch wie notwendig war im 18. Jahrhundert, damit menschliches Wissen wissenschaftlichen Rang erlangte, das heißt zutreffend und unumstößlich war.

Die Nützlichkeit, die man suchte, hatte ihren Daseinsgrund in einem konkreten Bereich: in der Politik, die man als Entwicklung oder logische Konsequenz des Naturrechts entwarf, das sich, wie gesagt, mit dem Aufkommen der Spezialisierung in Kameralistik, öffentliches Recht oder andere Zweige verwandeln wird, die heute die juristische Wissenschaft ausmachen. Man kann also sagen, daß die Reform der juristischen Studien und die Einführung des Naturrechts in das Studienprogramm Ergebnis einer doppelten Anforderung waren: Auf der einen Seite stand die politische Notwendigkeit, die eine Studienreform erforderlich machte, um die erhoffte Nützlichkeit zu erlangen. Diese Prinzipien verbinden sich eindeutig mit dem Gründungsdekret für den Lehrstuhl und, allgemein gesprochen, mit der Reform, die Karl III. in den *Reales Estudios de San Isidro* durchführte. Das Naturrecht erschien vor den Augen der aufgeklärten spanischen Politiker mit einer bestimmten Identität und einem konkreten Nutzen: der notwendigen Vereinigung von Religion, Moral und Politik. Zwischen der transzendenten Ordnung, der Ordnung des angemessenen Handelns der Menschen und der zum Nutzen des Volkes ausgeübten Macht – aber ohne auf das Volk zu zählen. Das Naturrecht mußte Argumente liefern, um drei wichtige normative Ordnungen zu begründen.

Das war die von den spanischen Aufklärern für das Naturrecht entworfene Nützlichkeit: Vereinigung von Prinzipien und Konsequenzen.

Die verschiedenen Marksteine, die die Entwicklung des Naturrechts als Wissenschaft und Disziplin im Spanien des 18. Jahrhunderts markierten, zeigen deutlich, daß eine Rezeption – so begrenzt sie auch war – und eine unmittelbare Kenntnis der von den modernen naturrechtlichen Autoren in ihren Werken vorgebrachten fundamentalen Ideen und Thesen bestanden. Man kannte Schulen, Tendenzen, Texte und Inhalte; folglich kann man nicht sagen, daß die aufgeklärten Spanier am Rande des Geschehens oder in einer Glasglocke lebten, ohne an den von den europäischen Autoren debattierten Problemen und Themen teilzuhaben. Etwas anderes ist der Grad von Akzeptanz oder Ablehnung der Theorien. Es gibt eine klare Kenntnis und Stellungnahme gegen die neuen Ideen aus Europa, im einzelnen gegen die Prinzipien des rationalistischen Naturrechts und der modernen politischen Theorie: den Gesellschaftsvertrag und den Naturzustand als logische Hypothese. Diese Haltung forderte die Kritik an dem juristischen Fundament der Gesellschaft und an der Philosophie, die diese Prinzipien unterstellte und sie dem modernen Naturrecht anbot, heraus. Deshalb bekräftigten die spanischen Autoren energisch ein Konzept, das als grundlegendes operatives und höchstes Prinzip Gott hatte und gleichzeitig als Gültigkeitsgrund der Handlungen die menschliche Natur. Daher das klassische, von vielen Autoren verteidigte Schema: Gott an höchster Stelle als alles voraussehender Schöpfer; eine Stufe darunter der Mensch, der von Gott das Recht empfangen hat, es mittels der Vernunft erkennt, gemäß seinen konkreten Umständen anpaßt, es mit seinen Mitmenschen austauscht, teilt und auf diese Weise das Familienrecht aufrichtet. Auf einer dritten Stufe treten die Familien in Beziehungen und verfügen über ihre wechselseitigen Rechte, woraus ein Recht erwächst, das Zivilrecht genannt wird; wenn dieses Recht die Menschen als Mitglieder einer Gesellschaft betrifft, heißt es öffentliches Recht, und wenn es sich auf verschiedene Städte ausdehnt – das ist die vierte und letzte Stufe – vergesellschaften sie sich mittels geschriebener Gesetze oder Vereinbarungen von unbedingter Gültigkeit: spezielles Völkerrecht.

Dieser Ansatz, der seinen Ursprung in der vom Aristotelismus verteidigten Bejahung des natürlichen gesellschaftlichen Charakters des Menschen hat, wird verbunden mit der theonomischen Version vom Ursprung, Prinzip und Fundament des Naturrechts. Auf diese Weise ist das letzte Fundament der Gesellschaft nicht die Übereinkunft (der Sozialvertrag), um aus dem Naturzustand herauszutreten, sondern die natürliche intrinsische Gesellschaftsfähigkeit des Menschen, eines jeden Menschen, dessen Ziel es ist, mit anderen zusammenzuleben. Diese Art des sozialen Seins impliziert notwendig die Zurückweisung jeder Form von künstlicher oder konstruierter Soziabilität. Und sie bekräftigt die Notwendigkeit, die Kreise des Menschen zu erweitern und die natürliche Fähigkeit zu verbessern, mit anderen zusammenzuleben.

In diesen Aspekten zeigen sich die Beziehungen zwischen Naturrecht und Politik, und dies ist der Grund, warum sich im Spanien des 18. Jahrhunderts ein Naturrecht entwickelte, das an der Tradition hing, nicht an der Erneuerung oder

an Ideen, die in Europa gültig waren. Diese Umstände sind besonders wichtig, weil sie zu der Erklärung beitragen, warum das spanische Naturrecht der Aufklärung in der aristotelisch-thomistischen Tradition verankert blieb und sich am Rande der rationalistischen Tradition – oder sogar gegen sie – situierte, die in Europa vorherrschte.

In dieser Untersuchung habe ich versucht, auf direkte Weise die Problematik, oder, besser gesagt, die Polemik über das Naturrecht zu zeigen, die sich im Spanien der Aufklärung ereignete. Ich habe versucht zu zeigen, wie die spanischen Autoren in die Diskussion über die grundlegenden Punkte eingriffen, die in der rationalistischen naturrechtlichen Strömung in Europa debattiert wurden und sich in ihr entwickelten, vor allem in Deutschland und Frankreich. Die spanischen Autoren wiesen, nachdem sie sich entsprechende Kenntnisse verschafft hatten, die Postulate und Ideen der modernen Naturrechtler zurück. Und diese Feststellung bekräftigt die Hypothese von dem geringen Glück, das die juristische Moderne in Spanien hatte und von dem Fortbestehen der traditionellen Ansätze, die in Geltung blieben, bis der Krausismo und andere Tendenzen Bedeutung erlangten und Anhänger sammelten – aber das ist eine andere Geschichte, die sich beinahe einhundert Jahre später ereignete.

Wolfgang Schmale

## Naturrecht und Staat in Frankreich

### 1. Ein kursächsischer Streitfall um die „natürliche Freyheit“ sächsischer und französischer Façon im Jahr 1800

Im Jahre 1800 führte der kursächsische Gerichtsherr Caspar Siegemund von Berbisdorf vor dem Kurfürsten Beschwerde gegen das Dresdner Appellationsgericht. Er unterstellte dem Gericht die Anwendung neuer Grundsätze in der Rechtsprechung zum Abzugsgeld, über das er mit George Friedrich und Konsorten aus Culten im Amt Zwickau prozessierte. Der Prozeß war „per modum appellationis“ vor das Dresdner Gericht gebracht worden. In einem Konzeptpapier an den Geheimen Rat vom 13. September 1800 setzten sich die Appellationsräte mit den Vorwürfen auseinander. Von Berbisdorf beschwerte sich, so die Räte, „1. Wir hätten in den in dieser Sache ertheilten Entscheidungsgründen über die Lehre vom Abzugsgelde anstatt der bisherigen richtigen Grundsätze: daß das Abzugsgeld jure retorsionis genommen und als ein beytrag zu den Criminal Fällen betrachtet und die Ritterguths Besitzer [dabey geschützet worden,], wenn sie die possess erwiesen, folgende wir eben so unrichtige als schädliche principia aufgestellt: a) es könne den Unterthanen nichts an ihrer natürlichen Freyheit schaden, daß sie in einzelnen Fällen, in denen Abzugsgeld erhoben worden, jene Freyheit nicht prospiciret, b) von die Cultner Einwohnern zeither geschehen laßen, daß aus anderen Dorfschafften Abzugsgeld erhoben worden, so hätten sie dadurch ihrer natürlichen Freyheit nicht praejudiciret, und die Fälle aus anderen Dorfschafften erwiesen gegen sie nichts ...“ Hierzu erklären die Räte (zu a): Dies „ist eine sehr richtige rechtliche Behauptung [und seither des von Berbisdorf ist es ... immer aber in verunglimpfenden Ausdrücken gegen uns geäußertes Missverständnis, wenn er das, was von der natürlichen Freyheit im juristischen Sinne gesagt worden ist,] auf die von den Franzosen nehmlich stabilirten Grundsätze von Freyheit und Gleichheit deutet.“<sup>1</sup>

Trotz des für unsere heutigen Ohren umständlichen und die Angelegenheit eher verschleiern denn erhellenden Deutschs ist die Empörung der Appellationsge-

<sup>1</sup> Sächsisches Hauptstaatsarchiv Dresden, Appellationsgericht Nr. 14054 (Acten, die über die Lage und Bewandniß verschiedener Proceß-Sachen und rücksichtlich die bey den gesprochenen Urteilen befolgten Grundsätze ... betr. 1744–1831), hier 13. 9. 1800. Die im Zitat in eckige Klammern gesetzten Teile stellen im Original Marginalien dar.

richtsräte zu spüren. Sie fühlten sich beschuldigt, statt der tradierten sächsischen Auffassung von der natürlichen Freiheit die französische und – so müßte man ergänzen – revolutionäre Auffassung ihrem Urteil zugrunde gelegt zu haben. Dieser Vorwurf wog schwer, allerdings tat er den Richtern Unrecht. So revolutionär gestimmt waren sie wirklich nicht, vielmehr folgten sie der sächsischen Auffassung von der natürlichen Freiheit, die in Hunderten von Untertanenprozessen gefestigt worden war. Diese natürliche Freiheit war eine „Freiheit von“, die jedoch die Qualität eines positiven Rechtes besaß. Eine Untertanenpflicht, wie es das Abzugsgeld war, mußte durch einen gerichtsfähigen Rechtstitel nachgewiesen werden. Daß, wie im vorliegenden Fall, von Einzelpersonen erfolgreich Abzugsgeld eingehoben worden war und dies auch in Nachbarorten geschehen konnte, ersetzte den fehlenden gerichtsfähigen Rechtstitel nicht. Die natürliche Freiheit war eine konservative, gewiß keine revolutionäre. Einen Umsturz gesellschaftlicher Verhältnisse konnte man damit nicht bewirken. Anders in Frankreich, und das hatte der aufbegehrende Gerichtsherr durchaus erkannt, wo das Naturrecht für die Revolutionierung der Verhältnisse eingesetzt worden war. Um 1800 war dies in Frankreich schon längst Geschichte. Vermutlich hatte von Berbisdorf an die kursächsischen Aufstände von 1790 gedacht, als sich die Aufständischen mit ihren Forderungen auf die Revolution in Frankreich beriefen.

## 2. Das französische Naturrecht als Konsumware im 18. Jahrhundert

Die Unterscheidung zwischen den beiden Auffassungen von Naturrecht trifft die Sache durchaus im Kern. Gestützt auf naturrechtliche Argumente wurde in Frankreich 1789 der Versuch unternommen, die alte Ordnung durch eine neue zu ersetzen. Streiten wir nicht über die Praxis: Revolutionen halten nie das, was sie versprechen. Die Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1789 kann als der große rhetorische Erfolg des Naturrechts in Frankreich gelten; wenige Jahre später wurde es ebenso wie viele mißliebige Gegner des Wohlfahrtsausschusses guillotiniert<sup>2</sup>. Das alles ändert jedoch nichts daran, daß die Naturrechtsargumentation des 17. und 18. Jahrhunderts die revolutionäre und sehr umfassende Veränderung des französischen Bestands an Rechtsnormen ermöglicht hatte. Überhaupt ist einzuräumen, daß in Frankreich in Zeiten verschärfter Oppositionen naturrechtliche Argumente Konjunktur hatten. Das gilt für die Epoche der Religionskriege im 16. Jahrhundert wie für die Zeit der Fronde Mitte des 17. Jahrhunderts. In beiden

<sup>2</sup> Wolfgang Schmale, Das Naturrecht in Frankreich zwischen Prärevolution und Terreur, in: Otto Dann, Diethelm Klippel (Hrsg.), Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution (Hamburg 1995) 5–22. Zum Naturrecht in der Revolution vgl. auch Blandine Barret-Kriegel, Les droits de l'homme et le droit naturel, in: Mélanges en hommage à Maurice Duverger (Droit, institutions et systèmes politiques, Paris 1987) 3–42; Neudruck als Monographie unter demselben Titel (Paris 1989).

Fällen wurde eine Begrifflichkeit gezeugt, die – jedenfalls im Rückblick eines Menschen im 21. Jahrhundert – die verbalen Vorlieben der Aufklärung vorwegnahm<sup>3</sup>. Ähnlich erging es dem Land nach dem Tod Ludwigs XIV. in der Zeit der Régence. Doch unverkennbar ist, daß die naturrechtliche Argumentation nach 1750 stetig breiter wurde. Das mag mit der Tatsache zusammenhängen, daß einige Hauptwerke der französischen Aufklärung um die Jahrhundertmitte erschienen und nachweislich breit rezipiert worden waren. Eine zentrale Rolle spielte außerdem die dynamische Entwicklung des Marktes für gedruckte Erzeugnisse, der durch die Vermarktungsstrategie der *Encyclopédie*<sup>4</sup> in einen hypertonischen Zustand versetzt worden war. Wer hätte sich da noch der naturrechtlichen Begrifflichkeit entziehen können? Eins gab das andere. Naturrechtliche Argumente gehörten zum guten Ton, sie waren Konsumware – das war sozial viel durchschlagender als einzelne streng durchdachte naturrechtliche Schriften, an denen nicht einmal Deutschland Mangel litt.

Es wird hier mit dem Thema Naturrecht wenig respektvoll umgegangen, wenn vom guillotinierten Naturrecht und vom Naturrecht als Konsumware geredet wird. Aber dies trifft die Verhältnisse in Frankreich. Wäre es keine Konsumware gewesen, hätte es nicht die durchschlagende revolutionäre Wirkung gehabt, die es hatte; zugleich wurde es ein Opfer seines Erfolgs, denn es wurde mit der Revolution positiviert.

Das Naturrecht hatte seinen Markt und seine Kundschaft. Diese reichte in die königlichen und Provinzialverwaltungen, manchmal bis in die Regierung, wie in der kurzen Wirkungszeit Turgots. Es handelte sich um Reformer, die sich nicht lange an der Macht halten konnten. Der naturrechtliche Diskurs richtete sich nicht unbedingt gegen die Monarchie als solche, nicht einmal gegen eine aufgeklärte Despotie, von der Voltaire und manche Physiokraten schwärmten<sup>5</sup>, er richtete sich vor allem gegen die unaufgeklärte und letztlich reformunfähige Monarchie, die in ihrer Spätzeit rhetorisch nicht mehr mithalten konnte.

Der Naturrechtsdiskurs konkurrierte mit anderen fundamentalrechtlichen und Verfassungsdiskursen, in denen eine zwar ständische, aber in ihrem Wesen rechtsstaatliche Monarchie verteidigt wurde. Auch diese Diskurse, als deren Zentren die Parlamentsmagistrate anzusehen sind, richteten sich gegen die Monarchie, so wie sie wahrgenommen wurde, nämlich als willkürlich und widerrechtlich agierende

<sup>3</sup> Zu Details vgl. *Wolfgang Schmale*, Archäologie der Grund- und Menschenrechte in der Frühen Neuzeit. Ein deutsch-französisches Paradigma (München 1997) 288–293; 302–305; im folgenden zitiert: *Wolfgang Schmale*, Archäologie.

<sup>4</sup> *Robert S. Darnton*, The Business of Enlightenment. A Publishing History of the Encyclopédie 1775 – 1800 (Cambridge, Mass., London 1979); *Robert Darnton*, Glänzende Geschäfte. Die Verbreitung von Diderots Encyclopédie oder: Wie verkauft man Wissen mit Gewinn? (Berlin 1993).

<sup>5</sup> Vgl. *François Bluche*, Sémantique du despotisme éclairé, in: *Revue Historique de Droit Français et Etranger* 56 (1978) 79–87; *Albert Soboul*, Historique de la notion d'absolutisme éclairé, in: *B. Köpeczi* u.a., L'absolutisme éclairé (Budapest, Paris 1985) 27–31.

Monarchie<sup>6</sup>. In diesen Diskursen war das Naturrecht nicht ausgeklammert, aber es stand nicht in der vordersten Reihe.

Es sei im folgenden der Versuch unternommen, die angesprochenen konkurrierenden Diskurse an einem regionalen Beispiel genauer unter die Lupe zu nehmen. Beispiel ist das Herzogtum Burgund mit seiner Hauptstadt Dijon. Es geht nicht um die Untersuchung möglicher *regionalspezifischer* Naturrechts- und anderer Diskurse, obwohl die Frage einmal gestellt werden mußte: Unterschieden sich nur ein französischer und ein deutscher Naturrechtsdiskurs, oder wäre es nicht vonnöten, beidseits des Rheins genauer nach regionalen Naturrechtsdiskursen zu forschen, wie es im Fall Preußens geschehen ist<sup>7</sup>? Für das Beispiel des Herzogtums Burgund läßt sich nachweisen, daß innerhalb der Provinz ein Naturrechtsdiskurs existierte. Damit ist gemeint, daß offensichtlich Texte, die sich auf die regionale Problemlage bezogen, innerhalb der Provinz rezipiert wurden, daß bestimmte Worte und Wortkombinationen gang und gäbe waren und von verschiedenen sozioprofessionellen Gruppen genutzt wurden. Ausschlaggebend hierfür war u.a., daß sich in der Provinz unter dem Namen *mainmorte* Restbestände von Leibeigenschaft erhalten hatten, die 1789 immer noch rund ein Drittel aller Dörfer im Herzogtum betrafen<sup>8</sup>. Mit Ausnahme der Franche-Comté, die unter Ludwig XIV. Frankreich inkorporiert worden war, war dieses Rechtsinstitut im übrigen Frankreich zumeist schon am Anfang der Frühen Neuzeit restlos aufgegeben worden. In Burgund bestand somit aufgrund einer rechtsinstitutionellen Besonderheit eine Art naturrechtsdiskursiver roter Faden, der vom 15. Jahrhundert bis zur Revolution reicht<sup>9</sup>. In dieser Zeit wurde die *mainmorte* in einem Drittel der Dörfer abgeschafft. Oft war die Abschaffung ein pures ökonomisches oder demographisches Gebot, aber das hinderte die Grundherren nicht, dies als Großtat im Einklang mit dem Naturrecht und bzw. oder der Humanität rhetorisch zu feiern. Daß bei der Bekämpfung des Rechtsinstituts auch das Naturrecht eine wichtige Rolle spielte, versteht sich von selbst, doch auch seine Verteidigung als naturrechtskonform war möglich.

Dazu kamen die schon erwähnten politischen Großwetterlagen, in denen das Naturrecht mobilisiert wurde. Im 18. Jahrhundert trat ein interessantes regionalspezifisches Element in Gestalt der Preisausschreiben der Akademie von Dijon hinzu. Die Preisausschreiben dieser Akademie, die Rousseau zu seinen beiden berühmten *Discours* veranlaßten, sind bekannt; weniger bekannt ist, daß die Akademie bereits 1743 ein auf das Naturrecht zugeschnittenes Preisprojekt gestartet hatte<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Vgl. Wolfgang Schmale, *Les parlements et le terme de constitution au XVIII<sup>e</sup> siècle en France: une introduction*, in: *Il Pensiero Politico* 20 (1987) 415–424.

<sup>7</sup> Vgl. Eckhardt Hellmuth, *Naturrechtsphilosophie und bürokratischer Werthorizont. Studien zur preußischen Geistes- und Sozialgeschichte des 18. Jahrhunderts* (Göttingen 1985).

<sup>8</sup> Jean S. Bart, *La liberté ou la terre. La mainmorte en Bourgogne au siècle des Lumières* (Dijon 1984).

<sup>9</sup> Dies läßt sich sehr gut mit Hilfe der edierten Chartes de Franchises nachweisen: Joseph Garnier, *Chartes de communes et d'affranchissements en Bourgogne*, Band 3 (Dijon 1877).

<sup>10</sup> Zu diesem Preisausschreiben bereitet Dr. Catalin Avramescu (Bukarest) eine Edition vor.

Damit ist ganz grob ein regionales Umfeld beschrieben, in dem der Naturrechtsdiskurs wohl gedeihen konnte. Begonnen wird mit einer Untersuchung der Rechtspraxis, unter der hier die Praxis der juristischen Argumentation vor Gericht zu verstehen ist. In erster Linie sind damit Rechtsanwälte gemeint, die die Interessen ihrer Klienten artikulieren, aber auch Rücksicht auf die Gerichtsfähigkeit ihrer Argumentation nehmen mußten. Sie lasen die Aufklärungsliteratur, schrieben selber, wenn es die Konfliktmaterie erlaubte, Schriftsätze, als handele es sich um einen Roman à la Marivaux, und publizierten ihre Schriftsätze als kleine Druckwerke, die Richter, Anwälte und das sensationslüsterne Publikum, die Großen der Aufklärung wie die Untergrundschriftsteller konsumierten. Dieser Abschnitt hat als Erkenntnisinteresse die Frage, inwieweit sich das Rechtsbewußtsein unter dem Einfluß des Naturrechts änderte. Anschließend befaßt sich der Beitrag mit fundamental- und verfassungsrechtlichen Diskursen am Beispiel des Parlement von Dijon, die die ständische, aber rechtsstaatliche Monarchie zum Ziel hatten.

### 3. Das Naturrecht vor dem Parlement von Dijon

1751 hatten die Dame Elizabeth-Charlotte de Montmergné und der Écuyer (Ritter) Olimpe-Philippe de Conighan geheiratet<sup>11</sup>. Leider verlief die Ehe von Anfang an unglücklich, so daß die Ehefrau die Trennung von Tisch und Bett verlangte. Dem widersetzte sich ihr Mann unter Anwendung übelster Methoden; u.a. versuchte er sie für geistesgestört erklären zu lassen. Vor dem Parlement in Dijon erstritt sich Charlotte de Montmergné 1759 „die Freiheit, in einem Frauenkonvent oder einer religiösen Gemeinschaft ihrer Wahl zu leben“. Der Mann, der auch dies verhindern und seine Frau geradezu an sein Haus fesseln wollte, erhielt die Auflage, seine Frau wie ein liebender Ehemann zu behandeln und ihr vierteljährlich im voraus 2500 Pfund Unterhalt zu zahlen. Der weitergehenden Forderung des Generalanwalts des Parlement, der Trennung von Tisch und Bett zuzustimmen, kam das Gericht nicht nach, weil dieser Punkt angeblich in die Zuständigkeit eines anderen Gerichts gefallen wäre.

Charlotte de Montmergné hatte die besten Anwälte der Provinz, die dem Ehemann Despotismus und Inhumanität vorwarfen. Mit ihrer Begriffswahl waren sie ganz auf der Höhe der publizistischen politischen Diskussionen der Zeit, denn in der klassischen Staatslehre war schon immer eine Parallele zwischen der Stellung und Funktion eines Ehemanns und Vaters in der Familie auf der einen und der Stellung des Königs in Staat und Gesellschaft auf der anderen Seite gezogen worden, so daß die Kritik an der Monarchie als Despotismus ohne weiteres auf familiäre Konstellationen rückübertragbar war. Energisch widerlegten sie auch, daß

<sup>11</sup> Die folgende Falldarstellung ist teilweise wörtlich übernommen aus: Wolfgang Schmale, Menschenrechte – Individuelle Freiheit – Selbstbestimmung, in: R. v. Dülmen (Hrsg.), Entdeckung des Ich. Die Geschichte der Individualisierung vom Mittelalter bis zur Gegenwart (Köln 2001) 243–263, hier 244 f.

ein Ehemann das Recht habe, seine Frau bei sich zu Hause einzusperrern. In Frankreich hätten Ehemänner nicht das Recht, in dieser Weise über den Status und die Freiheit ihrer Ehefrauen zu verfügen. Statt seine Frau in der Öffentlichkeit als Geistesgestörte hinstellen, müßte der Ehemann, wenn sie es wirklich wäre (aber sie ist es nicht, so die Anwälte), verhindern, daß die Öffentlichkeit davon Kenntnis erhalte, denn „il devoit, & l'humanité seule dicte ces Loix, il devoit redoubler de complaisance envers une épouse malheureuse“. Weiter wird gegen den Ehemann argumentiert, daß er sich auch im wohlverstandenen Eigeninteresse für die „conservation de sa vie“, d.h. seiner Frau, einsetzen müsse, denn würde ihr etwas Schlimmes zustoßen, würde er dafür als Täter oder Anstifter zur Rechenschaft gezogen werden<sup>12</sup>.

Der Sprachstil der Anwälte, der hier nur angedeutet werden konnte, paßt sich aufgrund des benutzten Vokabulars in den damaligen Diskurs um Natur- und Menschenrechte ein. Die „conservation de sa vie“ ist schon zu diesem Zeitpunkt ein fast klassisch zu nennendes, unmittelbar auf das Naturrecht gegründetes Menschenrecht.

Der skizzierte Eheprozeß gehört zu jenen, die aufgrund der im Rahmen des Verfahrens gedruckten Parteienschriftsätze besonders gut dokumentiert sind. Die Richtigkeit der Fakten steht dabei nicht im Vordergrund des Interesses, vielmehr die Chance, die Argumentationspraxis der Rechtsanwälte systematisch zu untersuchen. Die naturrechtliche Argumentationspraxis in gerichtsanhängigen Prozessen läßt sich am besten auf der Grundlage der durch die Rechtsanwälte bzw. die Parteien publizierten Schriftsätze erforschen. Dieser Quellentyp reicht, von noch älteren Fällen (16. Jahrhundert) abgesehen, in Burgund ins letzte Drittel des 17. Jahrhunderts zurück. Die Rechtsanwälte der Provinz, aber sicher nicht nur sie, scheinen diese Druckstücke aus sehr einsichtigen Gründen in größerem Umfang gesammelt zu haben. Die Stadtbibliothek von Dijon besitzt eine solche Sammlung, die zum sogenannten Fonds Saverot gehört. Der Fonds trägt den Namen seines letzten Besitzers, eines Juristen. Die Sammlung von Parteienschriftsätzen fungiert als Nr. 16 des Fonds. Sie setzt sich aus verschiedenen Einzelsammlungen zusammen, stammt also nicht aus nur einer Hand. Um ihre Doubletten und nicht-burgundischen Fälle bereinigt, dokumentiert die Sammlung für die Zeit von 1671 bis 1790 1710 Prozesse vor dem Parlement von Dijon. Man könnte den Wert dieser Quelle relativieren, indem man sie der Zahl von ca. 24 000 Prozessen, die zwischen 1700 und 1789 vor dem Parlement in Dijon als oberstem Berufungsgericht der Provinz Burgund verhandelt wurden, gegenüberstellt. Aber das würde nichts daran ändern, daß eigentlich nur die gedruckten *Mémoires* oder *Factums* systematische Untersuchungen ermöglichen.

Aus Platzgründen können hier nur die Ergebnisse der Untersuchungen vorgestellt werden. Bezüglich der Naturrechtsproblematik wurden die Prozesse herausgefiltert, in denen naturrechtliche bzw. fundamentalrechtliche Argumente ein-

<sup>12</sup> Der gesamte Fall: Bibliothèque municipale de Dijon, Fonds Saverot N°16, tome 82 (mémoire von 1759).

gesetzt wurden. Der durchschnittliche Anteil solcher Prozesse am Fonds-Bestand betrug im letzten Drittel des 17. Jahrhunderts 11%, in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts gut 16%, in der zweiten Hälfte rund 18%. Diese Zahlen sind nicht repräsentativ für das Prozeßaufkommen der gesamten Provinz, aber die leicht steigende Tendenz wird durch das steigende Gewicht der benutzten Argumente bestätigt. Das Gewicht ist im Sinne einer Hierarchie der Argumente meßbar. Es macht einen großen Unterschied aus, ob ein „Menschenrecht“ genanntes Recht geltend gemacht wird oder ob eine angeführte Rechtsnorm wörtlich oder sinngemäß als fundamental charakterisiert wird, sich aber nur auf eine bestimmte Sozialschicht anwenden läßt. In diesem Sinne lassen sich die hervorgebrachten Argumente hierarchisieren und kann ihr Gewicht durch eine Bewertungszahl bestimmt werden, wie der folgenden Tabelle<sup>13</sup> entnommen werden kann:

*Übersicht über die Kategorien grundrechtlichen Argumentierens von Rechtsanwälten, entwickelt auf der Grundlage des Fonds Saverot/Burgund (links: Bewertungszahl, Mitte: Kategorie, rechts: Beschreibung)*

BwZahl	Kat	Text
7	I	Ausdrückliche Bezeichnung als <i>droit(s) de l'homme, des hommes, de l'humanité</i> bzw. Menschenrecht, Recht der Menschheit, Recht des Menschen etc.
6	II	Berufung auf Völkerrecht
	III	Naturrecht (alle rechtlich relevanten Begriffskombinationen mit <i>nature</i> und <i>naturel[le]</i> bzw. <i>Natur, natürlich</i> . D.h. die Definition, was zum Naturrecht zählt, wird durch die Quelle selbst vorgegeben)
6	III/1	Argument ist Herzstück der juristischen Argumentation, es liegt kein Bezug auf positives Recht vor, oder das Argument wird dem positiven Recht ausdrücklich vorgeordnet
5	III/2	Argument ist Herzstück der juristischen Argumentation, aber es liegt stützender bzw. einschränkender Bezug auf positives Recht vor (Gesetzgebung aller Kategorien, Gewohnheitsrechtscodex, röm. Recht, Vertrag, etc.)
3	III/3	Argument steht gleichgewichtig neben anderen nicht-natur-rechtlichen Argumenten, es darf jedoch nicht im Argumentationswerk fehlen
2	III/4	Argument ist „rhetorisches Beiwerk“, sein Fehlen würde juristische Argumentation nicht zusammenbrechen lassen
	IV	Grundrechte, die in den Quellen nicht als naturrechtlich bezeichnet sind, aber z. B. mit dem Zusatz <i>fondamental</i> bzw. <i>fundamental</i> etc. versehen sein können, aber nicht müssen. Begrenzendes Kriterium für die Einstufung als Grundrecht in dieser Kategorie IV (vgl. Kategorie V): Einschränkung des Rechts unzulässig, es sei denn unter Achtung rechtlich genau festgelegter Umstände oder solcher Umstände, die in der Natur des Menschen (Alter, bestimmte Gebrechen oder Schwachsinnigkeit etc.) liegen
5	IV/1	Argument ist Herzstück, ohne Bezug auf positives Recht
4	IV/2	Argument ist Herzstück, mit Bezug auf positives Recht
3	IV/3	Argument steht gleichberechtigt neben anderen

<sup>13</sup> Die Tabelle ist entnommen aus: Wolfgang Schmale, Archäologie 413.

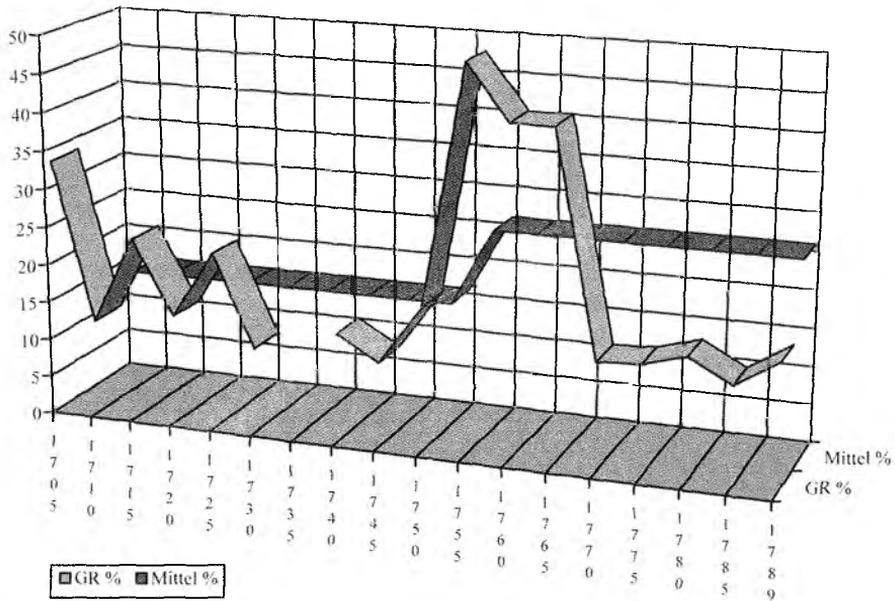
<i>BwZahl</i>	<i>Kat</i>	<i>Text</i>
2	IV/4	Argument ist rhetorisches Beiwerk
1	V/1	Rechtsnorm, die nur wie unter IV einschränkbar ist, sozial unabhängig gilt, aber nur in einem bestimmten geographischen Raum
1	V/2	Rechtsnorm, die nur wie unter IV einschränkbar ist, nicht geographisch beschränkt ist, aber an eine soziale Schicht gebunden ist

Für die erste Hälfte des 18. Jahrhunderts ist eine durchschnittliche Bewertungszahl von 3,20 und für die zweite Hälfte von 3,76 zu errechnen. Auch hier also eine Steigerung, nämlich des Gewichts der Argumente. Insgesamt verfügten die Rechtsanwälte über einen sehr breiten Katalog naturrechtlich bzw. fundamentalrechtlich begründeter Argumente, die Rechte des Individuums bezeichneten und, wie für den naturrechtlichen Diskurs konstituierend, anthropologischen Gesichtspunkten folgten. So nehmen Freiheiten, die individueller Entscheidung entspringen bzw. den individuellen Freiheitsraum stärken, einen breiten Raum ein. Einige seien als Beispiele aufgeführt<sup>14</sup>:

1. Liberté naturelle que chacun doit avoir, de disposer de son bien comme il lui plait (1731)
2. Le droit naturel qui veut que la vie & les moyens de la conserver soient donnés à tous ceux qui par leur propre crime n'ont pas mérité de la perdre (1748)
3. La liberté de tester: les femmes jouissent incontestablement de ce précieux (sic!) privilège, de même que les hommes (1752)
4. Pouvoir de contracter (faculté du Droit des gens) (1763)
5. Les citoyens tiennent de la nature & de la loi leur état, leur capacité, le précieux appanage des effets civils; la naissance les en met en possession (1771)
6. Il est du droit naturel d'user d'une chose, lorsqu'en le faisant, on ne cause aucun ou peu de préjudice à celui à qui elle appartient (1774)
7. La volonté de l'homme est elle-même la première de toutes les Loix (1777)
8. La capacité générale de faire des actes est fondée sur une Loi naturelle (1777)
9. Loi purement naturelle, qui n'a besoin du secours d'aucune Loi positive (1777)
10. La Loi protège la liberté des Citoyens conforme au vœu de la nature (1782)
11. Le droit que nous tenons de la nature, de disposer de notre personne, de nos biens & de tout ce qui nous appartient (1784)
12. La faculté de se défendre étant de droit naturel (1785)
13. Un des premiers principes du droit naturel comme du droit civil c'est que l'on ne peut condamner personne sans l'entendre (1785)
14. Le banvin: inconciliable avec la liberté naturelle des hommes, contraire à l'intérêt public, & proscriit par les Loix & la Police générale du Royaume (1787)

<sup>14</sup> In der Reihenfolge ihrer Nennung (die Abkürzungen beziehen sich auf die entsprechenden Bände des Fonds Saverot N°16; T = Tome + Nummer/Fallnummer + Dokumentnummer): T84/23:39; T88/8:10; T89/18:29; T60/1:2; T86/19:27; T61/11:12; T63/41:76; T49/14:51; T49/14:51; T55/1:4; T67/26:43; T66/31:62; T66/27:57; T69/9:14.

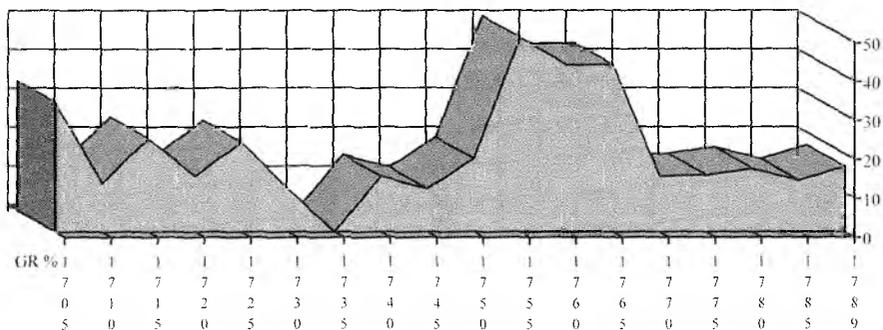
Grafik 1: Fonds Saevot/Prozesse mit grundrechtlichen Argumenten in % in Stichjahren und Mittelwerte



Es war möglich, Argumente mit grundrechtlichem Charakter zu verwenden, ohne auf das Naturrecht zu rekurrieren. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts überwogen in Burgund jedoch die naturrechtlich fundierten Grundrechtsargumente. Die höchsten Kategorien – Menschenrecht und Völkerrecht – fielen kaum ins Gewicht. In Frauenrechtsprozessen wurden jedoch mehr als sonst hochgewichtige Argumente eingesetzt. Mit Frauenrecht sind z. B. Eheprozesse, aber auch Prozesse um die Testierfähigkeit von Frauen oder die Rechte einer Mutter im Verhältnis zu den männlichen Familienmitgliedern gemeint. Bei Erbrechtsprozessen wurden bis auf „Menschenrecht“ alle Argumentationskategorien verwendet, aber die Mehrzahl der naturrechtlichen und fundamentalrechtlichen Argumente wurde dem unteren Bereich der Hierarchie entnommen. Sie verstärkten also die rhetorischen Effekte, was nicht heißt, daß sie überflüssig gewesen wären. Rein juristisch wären sie wohl entbehrlich gewesen, weil die Anwälte den positivrechtlichen Argumenten dabei einen höheren Stellenwert einräumten, aber die Rhetorik hatte ein Zielpublikum, vor dem sie nicht entbehrlich schien. Hier wird das Naturrecht zur Konsumware. Ein Anwalt, der es nicht verstanden hätte, mit dem Naturrecht zu glänzen, hätte sich wohl Sorgen um die Vermehrung seiner Klientel machen müssen.

Die Entwicklung der gerichtspraktischen Relevanz der Naturrechts- und Grundrechtsargumentation im burgundischen 18. Jahrhundert kann mit Hilfe

Grafik 2: Fonds Saverot/Prozesse mit grundrechtlichen Argumenten in % in Stichjahren



zweier Grafiken nachvollzogen werden<sup>15</sup>. Während die absoluten Zahlen – dies bezieht sich nur auf den Prozeßanteil am Fonds Saverot – in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ansteigen, liegt der prozentuale Anteil im dritten Viertel höher als im letzten Viertel. Der auf je eine Jahrhunderthälfte berechnete Mittelwert liegt nach 1750 deutlich höher als vor 1750. Mindestens kann folglich eine steigende Relevanz der untersuchten Argumente angenommen werden und damit eine verstärkte Bedeutung individueller Grundrechte als Grundlage der Gesellschaftsauffassung, von der ausgehend in den politischen Diskussionen vermehrt seit 1787 der neue Staat – zunächst eine konstitutionelle Monarchie – konfiguriert wird.

#### 4. Der staatsrechtliche Diskurs des Parlement in Dijon

Wenden wir uns anderen Fundamentaldiskursen zu. An erster Stelle ist das Parlement von Dijon zu nennen. Bekanntermaßen hatten sich die französischen Parlements im 18. Jahrhundert unter Führung des Parlement von Paris zu einer strategischen Allianz zusammengeschlossen und sich zunehmend wie eine einzige Korporation verstanden. Die politisch und staatsrechtlich relevanten Diskurse der Parlements als Korporationen wie auch einzelner Mitglieder haben in der Forschung schon immer viel Beachtung gefunden. Dennoch läßt sich weder sagen, daß die Thematik erschöpfend behandelt wurde, noch daß diese Diskurse quelleneditorisch hinreichend zugänglich sind. Am meisten ist über das Parlement von Paris bekannt, diesbezüglich weist die Forschung eine ungebrochene Dynamik aus, wie die jüngste Veröffentlichung von Philippe Payen zeigt<sup>16</sup>. Die für unsere

<sup>15</sup> Entnommen aus: Wolfgang Schmale, Archäologie 139 und 141, Grafiken 11 und 13.

<sup>16</sup> Philippe Payen, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle. Dimension et doctrine* (Paris 1997); Philippe Payen, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle* (Paris 1999).

Fragestellung wichtigen Texte des Parlement von Dijon sind nicht editiert und im übrigen auch auf verschiedene Archivserien verteilt. Eine vollständige Überlieferung scheint ohnehin auszuschließen zu sein<sup>17</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Einschränkungen kann zum politischen und staatsrechtlichen Diskurs dieses Parlaments folgendes resümiert werden:

Die verwendeten Schlüsselbegriffe entsprechen denen des Pariser und anderer Parlaments. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts geht es in der Auseinandersetzung mit der Regierung und den königlichen Gesetzen häufig um den Erhalt der Verfassung. Insbesondere im Fall der Steuergesetzgebung gilt die Auseinandersetzung nicht weniger den Provinzialständen als der Zentralverwaltung. Als Kern der Verfassung der französischen Monarchie wird immer wieder das Recht der Parlaments, Gesetze zu registrieren, bevor sie ausgeführt werden können, hervorgehoben. Dieses Recht verbanden die Parlaments bekanntermaßen mit dem Recht des Remonstrierens, also mit dem Recht, juristische Einwände gegen ein vorgelegtes Gesetz zu erheben und dessen Registrierung derweilen auszusetzen. Das Recht auf juristische Einwände war unbestritten, aber seit Ludwig XIV. sollten die Parlaments zunächst die Gesetze registrieren und dann erst Einwände erheben dürfen. Nach dem Tod Ludwigs XIV. hatten sich die Parlaments mit ihrer Rechtsansicht durchsetzen können, woraus unter Ludwig XV. und Ludwig XVI. ein Dauerkonflikt erwuchs.

Orientiert man sich an den heutigen Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit, ist eine Verfassung ohne jurisdiktionelle Überwachung der Verfassung und der Verfassungskonformität von Gesetzen undenkbar. Im französischen Ancien Régime beanspruchten die Parlaments exakt diese Funktion für sich, so auch das Parlement in Dijon<sup>18</sup>. Da niemand sonst diese Funktion einnahm und einnehmen konnte, kann dieser Anspruch prinzipiell als Beitrag zur Entstehung des modernen Rechtsstaats gewertet werden.

In einem Streit über Steuergesetze in den 1780er Jahren kämpfte das Parlement gegen eine Allianz aus König/Regierung und Provinzständen. Die Provinzstände hatten einen am 11. Dezember 1785 datierten, den Straßenbau betreffenden unversiegelten Brief des Königs (*Lettres patentes*), der direkt an sie gerichtet war, auch direkt registriert. Das Parlement hob in einem förmlichen Urteil vom 27. April 1786 den Beschluß der Stände vom 7. Februar 1786 auf. Es stellte fest, daß die Registrierung von Gesetzen dem Parlement obliege und daß die „*constitution même de la Monarchie française*“ auf eben dieser „*base inébranlable*“ beruhe. Das Recht des „*enregistrement*“ wird als „*Loi sacrée*“ apostrophiert, es sei

<sup>17</sup> *Jean-Claude Garreta*, *Les Archives du Parlement de Dijon. Etude des sources*, in: *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, Bd. 23 (Dijon 1962) 203–244.

<sup>18</sup> *Jean Richard*, *Le Parlement de Bourgogne et la monarchie aux deux derniers siècles de l'Ancien Régime*, in: *Annales de Bourgogne* 49 (1977) 107–119; *Jean Sigmant*, *La Révolution de Maupeou en Bourgogne (1771–1775): la caste parlementaire à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Besançon, Copie Service, 1981 (= *Diplôme d'études supérieures de Dijon* 1935) (Bay. Staatsbibl. 4 81 4927).

besonders wichtig für den Schutz der Interessen des Königs und besitze eine „nécessité si absolue pour ses peuples“. Das Gesetz – la Loi im Singular und mit großem „L“ – wird als „frein ... aux écarts dangereux du pouvoir arbitraire“ charakterisiert<sup>19</sup>. In einem zweiten Urteil, das am 14. August 1786 in derselben Angelegenheit erging, wird die Registrierung erneut als heiliges und weises Gesetz bezeichnet, das dem Schutz des Eigentums (loi conservatoire des propriétés) diene. Durch dieses Gesetz würden die Täuschungen, mit denen der König überrumpelt werde, in den Lichtschein der Wahrheit getaucht<sup>20</sup>. In einem dritten Urteil in derselben Sache vom 28. Dezember 1786 warf das Gericht den Ständen vor, keine Achtung vor dem Eigentum der Bürger zu haben (sans respect pour les propriétés des citoyens). Alle Bürger (citoyens) sollten den Unterschied zwischen einer „autorité légale“ und dem „pouvoir arbitraire“ erkennen lernen. Von den Ständen sollten sie den sicheren Eindruck haben können, daß diese die Ausführung von Gesetzen nur zum Schutze des Eigentums der *citoyens* forderten<sup>21</sup>.

Alle drei Urteile wurden im übrigen gedruckt, an alle Provinzgerichte versandt und öffentlich angeschlagen<sup>22</sup>. Der Staatsrat kassierte die drei Urteile am 20. Januar 1787<sup>23</sup>.

In ähnlicher Weise reagierte das Parlement auf Handlungen des Intendanten, mit dem es sich im Dauerkonflikt befand. Im März 1789 nahm es zur Kassation eines vor einer seiner Gerichtskammern (Table de marbre) durchgeführten Verfahrens durch den Staatsrat Stellung<sup>24</sup>. Die Kassation wird als verfassungswidrig zurückgewiesen; es wird die Frage aufgeworfen, welcher Natur eigentlich eine Staatsgewalt (pouvoir) sei, die nur sich selber Rechenschaft ablegen müßte und die „méconnaissant toute règle, pourroit, au gré de son caprice ou de son intérêt, changer et intervestir les loix générales et les ordonnances? Si un pareil pouvoir existoit, il n'y avoit plus que confusion, qu'incertitude dans l'administration de la justice, et dans la propriété de vos sujets.“<sup>25</sup>

Im Zuge der genaueren juristischen Ausführungen, die das Parlement selbstverständlich nie schuldig bleibt, wird deutlich, daß mit der Verfassung und den Gesetzen der positivrechtliche Bestand der Monarchie sowie der Provinz gemeint ist. Der positivrechtliche Bestand wird ggf. mit den letzten 1300 Jahren identifiziert. Materiell war die Argumentation folglich höchst konservativ; sie stützte die ständische Gesellschaft und folgte dabei im Grunde dem im 16. Jahrhundert gültigen Modell: einerseits eine ständisch strukturierte ungleiche Gesellschaft, andererseits

<sup>19</sup> Archives départementales de la Côte d'Or, C. 3350, Urteil des Parlement Dijon vom 27. 4. 1786 gegen eine *délibération* der *Élus généraux* vom 7. 2. 1786 bezüglich der *chemins finerots* 1–2.

<sup>20</sup> Ebd., zweites Urteil des Parlement vom 14. 8. 1786, 1–2.

<sup>21</sup> Ebd., drittes Urteil des Parlement vom 28. 12. 1786, 2.

<sup>22</sup> Ebd., laut Bericht der *Élus généraux*.

<sup>23</sup> Ebd., Arrêt du Conseil du Roi vom 20. 1. 1787.

<sup>24</sup> Archives départementales de la Côte d'Or, B. 12073, Rémontrances des Parlement vom 31. 3. 1789 (es handelt sich um ein Heft, das ein Schreiben des Intendanten enthält; links am Rand sind die Rémontrances des Parlement aufgeführt).

<sup>25</sup> Ebd. 11.

eine starke ständische Vertretung, die die absolute Macht des Königs beschnitt und kontrollierte. Im 18. Jahrhundert sahen sich die Parlements als Nachfolger der etwas mythisch verklärten frühmittelalterlichen Märzfeldversammlungen bzw. als eine Art interimistischer Verkörperung der seit 1614 nicht mehr einberufenen Generalstände. Letzteres brachte sie dazu, einen Begriff von Volkssouveränität zu entwickeln, ersteres ließ sie den Zug der Zeit verpassen. Der strukturell gesehen rechtsstaatliche Diskurs, der am Beispiel des Parlement von Dijon vorgeführt wurde, ermöglichte dem Pariser Parlement die Verkündung der „Rechte der Nation“ am 3. Mai 1788. Der höchst konservative rechtsmaterielle Gehalt der Diskurse wiederum verhinderte, daß die Parlements selbst zum Urheber einer Menschen- und Bürgerrechtserklärung wurden, die ein neues Staatsrecht auf der Grundlage auch des Naturrechts positiviert. Nicht zu verkennen ist hingegen die zentrale Bedeutung und Stellung des Begriffes „Gesetz“ auch im Diskurs der Parlements, die mit der ebenso zentralen Bedeutung und Stellung des Begriffes in der Menschen- und Bürgerrechtserklärung vergleichbar ist. Würde man die für den rechtsanwaltlichen Diskurs aufgestellte Argumentationshierarchie auch auf das Parlement Dijon anwenden, würde die Kategorie IV wahrscheinlich überproportional vertreten sein.

Versetzen wir uns zum Schluß noch einmal kurz in das Jahr 1789, in dem der rhetorische Sieg des Naturrechts in Frankreich zu verorten ist. Der Text der Déclaration vom August 1789 hat alle Merkmale eines Kompromisses. In der Debatte vom Sommer 1789 wurden diese verschiedenen Diskurslinien im selben Raum, symbolisiert durch den Versammlungsraum, in dem die Nationalversammlung ihre Debatten führte, zusammengeführt. Der Aufbau eines neuen Staats und eines neuen Staatsrechts war auch bildlich-symbolisch nachvollziehbar. Die Form, d.h. die gemeinsame Debatte im selben Versammlungssaal, mit dem der neue Staat erstmals augenscheinlich wurde, war womöglich schon wichtiger als die Grundlagen der inhaltlichen Auseinandersetzung, zu denen das Naturrecht gezählt hatte. Die verschiedenen Bestimmungen der 17 Artikel sind auf die vor 1789 geführten diskursiven Konfrontationen rückführbar. Was die natur- und individualrechtlichen Aspekte angeht, trägt sie den rechtsanthropologischen Veränderungen, die oben mit Hilfe der Rechtsanwaltsdiskurse dokumentiert worden waren, Rechnung. Ein Artikel, wie der Artikel 16, der aussagt, daß eine Gesellschaft, in der keine Rechtsgarantie und keine Gewaltenteilung bestehe, keine Verfassung besitze, geht nicht nur auf Montesquieu, sondern auch auf die diskursive konfliktfreundige Kraftanstrengung der Parlements zurück. Die Diskurslinien der Rechtsanwälte aus dem alltäglichen Prozeßaufkommen, in denen natur- und individualrechtliche Aspekte ausgeformt wurden, kreuzten sich vor 1789 selten mit den politischen und staatsrechtlichen derselben Parlements, vor denen sie die Prozesse führten. Der oben erzählte Prozeß der Elizabeth Charlotte de Montmergné nahm jedoch über die Art und Weise, wie der Ehemann beschrieben wurde, die staatsrechtliche Rhetorik des Parlement durchaus auf. Offensichtlich, und nicht nur in solchen Eheprozessen, wo die bildliche Analogie zwischen König und Ehemann hilfreich evoziert werden konnte, sind scheinbar politikferne zivil- und

strafrechtliche Prozesse des 18. Jahrhunderts eine aufschlußreiche Quelle, wenn es um die Frage von Naturrecht und Staat in Frankreich geht. Wenn wir bei der These bleiben, daß über die Déclaration von 1789 erstens Naturrecht positiviert wurde und zweitens eine naturrechtlich fundierte Verfassung in die Wege geleitet wurde, so kann dieses nicht nur auf – hier nicht untersuchte – naturrechtsfundierte Staats- und Gesellschaftstheorien zurückgeführt werden, sondern auch auf die gesellschaftliche Sedimentierung naturrechtlicher Diskurse vor Gericht. Natürlich waren diese Prozesse trotz ihrer alltäglichen Problemstellungen aufgrund ihrer Begleitumstände *nicht* politik- oder staatsfern, denn sie wurden publizistisch vermarktet und stellten somit einen öffentlichen Diskurs dar, in dem dargelegt wurde, welche menschlichen Dramen sich abspielten, wenn die natürlichen und sonstigen Grundrechte der Rechtsuchenden mißachtet worden waren. Der *ignorance*, dem *oubli* oder dem *mépris* der *droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* entgegenzuwirken, hat laut Präambel der Déclaration das Motiv für die Erklärung abgegeben.

*Barbara Stollberg-Rilinger*

## Vom Volk übertragene Rechte?

Zur naturrechtlichen Umdeutung ständischer  
Verfassungsstrukturen im 18. Jahrhundert

Es gebe „schlechterdings gar nichts Positives“, so schreibt Gustav Hugo 1792, „was nicht in dem NaturRechte seine Stelle findet, und ein Wolfianer und Nettelbladtianer müßte nicht im mindesten in Verlegenheit sein, nicht nur die neue Französische Constitution, sondern auch die Staatsverfassung des heiligen Römischen Reichs, auf deren Entstehung doch gewiß das Raisonement a priori wenig Einfluß gehabt hat, sobald es verlangt würde, im NaturRechte aus lauter Definitionen zu demonstrieren“<sup>1</sup>.

Hugos Diagnose trifft zweifellos zu – und zwar nicht nur auf die Wolffsche Schule. Wenn in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die ständischen Verfassungsstrukturen des Reichs und seiner Glieder tatsächlich zunehmend in naturrechtlichen Begriffen beschrieben wurden, so hatte daran nicht zuletzt die Göttinger Schule maßgeblichen Anteil, deren Einfluß auf die Reichsjurisprudenz in dieser Zeit wohl kaum überschätzt werden kann und der auch Hugo selbst entstammte. Das eigentümliche Verhältnis zwischen Naturrechtslehre und hergebrachten Herrschaftsverhältnissen im Reich soll im folgenden etwas näher betrachtet werden. Wenn das Vernunftrecht eine „das positive Recht übersteigende, kritisierende und delegitimierende Argumentationsstrategie“ war, wie etwa Michael Stolleis zuletzt mit gutem Grund formuliert hat<sup>2</sup>, wie ist dann zu erklären, daß es sich trotzdem offenbar den gewachsenen Strukturen der Reichsverfassung mit all ihren monströsen Verästelungen so mühelos akkomodieren ließ? Die Frage, die dabei im Hintergrund steht, ist: Hatte die Vernunftrechtslehre als solche eine vorgängige Affinität zu bestimmten materiellen Rechtspositionen? Oder war sie ein völlig neutrales, formales Instrument der Rechtsbegründung, mit dem sich beliebige Inhalte legitimieren ließen<sup>3</sup>?

<sup>1</sup> *Gustav Hugo*, Daniel Nettelblatt. Einige Bemerkungen über seinen litterarischen Charakter, in: *Civilistisches Magazin*, II, H. 1 (Berlin 1792) 1–56, hier 39f.

<sup>2</sup> *Michael Stolleis*, Die allgemeine Staatslehre im 19. Jahrhundert, in: *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität – Inhalt – Funktion – Wirkung*, hrsg. v. *Diethelm Klippel* (Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit 1, Goldbach 1997) 3–18, hier 7.

<sup>3</sup> Vom Pluralismus der Naturrechtslehre spricht *Diethelm Klippel*, *Naturrecht als politische*

Ich halte das, um es vorwegzunehmen, für eine falsche Alternative. Um ihr zu entgehen, bietet es sich meines Erachtens an, die deutsche Naturrechtslehre dieser Zeit als eine „politische Sprache“ im Sinne John Pococks zu begreifen. Das möchte ich im ersten Teil tun. Dann möchte ich zweitens fragen, wie man sich dieser Sprache bediente, um ständische Verfassungsstrukturen zu beschreiben. Schließlich soll drittens gefragt werden, welche argumentativen politischen Positionen dabei bezogen wurden. Mit anderen Worten: Wie und zu welchem Ende wurde die ständische Verfassung (genauer: in den Territorien) in naturrechtlichen Kategorien gedeutet? Inwiefern und unter welchen Umständen hat das ihre Legitimation bzw. Delegitimation befördert?

Dazu ist vorzuschicken: Das Thema „landständische Verfassung“ hat zwei Dimensionen, die auseinanderzuhalten sind: zunächst das Verhältnis zwischen Landesherrn und Ständen – hier stand im 18. Jahrhundert bekanntlich die Ausdehnung des fürstlichen Gestaltungsspielraums gegenüber den ständisch-korporativen *iura quaesita* auf der Tagesordnung. Es war der Fürst, auf dessen Seite der Legitimationsbedarf lag, weil er die bestehende Erwartungssicherheit gefährdete. Die bisherige Forschung hat herausgearbeitet, inwiefern ihm dazu die Naturrechtslehre in hohem Maße zu Diensten war. Die andere Dimension betrifft das Verhältnis zwischen Ständen und Untertanen. Hier ging es um die Grundlagen ständischer Partizipation, und hier waren es umgekehrt die Stände, deren Legitimität zur Debatte stand. Die deutsche Naturrechtslehre hat diese beiden Dimensionen nicht gleichzeitig thematisiert; das Verhältnis Stände – Untertanen trat erst im Laufe des späten 18. Jahrhundert in ihr Blickfeld. Auch die Forschung hat ihr Interesse bisher vor allem auf den ersten Aspekt (das Verhältnis Landesherr – Stände) gelegt. Mir wird es vorrangig um den zweiten Aspekt gehen.

## I.

Die deutsche Naturrechtslehre des späten 18. Jahrhunderts in einem übertragenen Sinne als eine politische Sprache zu bezeichnen, hat unter anderem den Effekt, daß man klarer unterscheiden kann zwischen individuellen Äußerungen und ihren jeweiligen Inhalten einerseits und einem gemeinsamen Set von Regeln, Methoden, Begriffen und Kategorien, in denen diese Äußerungen formuliert sind, andererseits<sup>4</sup>. Die Naturrechtslehre erscheint so als ein kollektives Verständigungsme-

*Theorie*, in: *Aufklärung als Politisierung – Politisierung der Aufklärung*, hrsg. v. Hans Erich Bödeker, Ulrich Herrmann (Hamburg 1987) 267–293, hier 267, und weist darauf hin, „daß es kaum einen philosophischen oder politischen Standpunkt gegeben hat, der im Laufe der Jahrhunderte nicht auch naturrechtlich begründet worden wäre“.

<sup>4</sup> John G. A. Pocock, *Languages and their Implications: The Transformation of the Study of Political Thought*, in: *ders.*, *Politics, Language, and Time. Essays on Political Thought and History* (New York 1973) 3–41; *ders.*, *The Reconstruction of Discourse: Towards the Historiography of Political Thought*, in: *Modern Language Notes* 96 (1981) 959–980; *ders.*, *The Concept of Political Language and the métier d'historien: Some Considerations on Practice*, in: *The Languages of Political Theory in Early-Modern Europe*, hrsg. v. Anthony Pagden

dium, in dem unterschiedliche Inhalte thematisiert werden konnten, das aber auch – und darauf kommt es mir im folgenden an – die Wahrnehmung der Inhalte in spezifischer Weise beeinflusste und beschränkte. Mit anderen Worten: In der Sprache des Naturrechts ließ sich über fast alles sprechen, aber so, daß die Gegenstände durch die Art und Weise, über sie zu sprechen, selbst nicht unverändert blieben.

Diese „Sprache“ wurde von der juristisch gebildeten Elite in Reich und Ländern in der zweiten Jahrhunderthälfte an den Universitäten erlernt. Das Naturrecht stand zwar nicht im Zentrum der Juristenausbildung – es war ja ursprünglich an der Philosophischen Fakultät zu Hause –, gehörte aber gewöhnlich zur allgemeinen juristischen Propädeutik<sup>5</sup>. Vor allem beeinflusste die Naturrechtslehre indirekt die anderen Zweige der Jurisprudenz, insofern auch diese die demonstrative Methode vom Naturrecht übernahmen. Die „demonstrativische Lehrart“ – die Methode, Rechtssätze aus unwidersprechlichen, notwendigen Gründen abzuleiten – wurde ja durchaus auch auf das positive Recht angewendet, wenn auch zwischen den Gelehrten im einzelnen umstritten war, wie weit sie reichte<sup>6</sup>. Jedenfalls beanspruchte die Naturrechtslehre, über die alleinige „wissenschaftliche“ Methode zu verfügen, und meldete damit sozusagen einen Hegemonialanspruch im Konzert der juristischen Diskurse an<sup>7</sup>. Und diese Methode hatte erhebliche Implikationen für das Verständnis der Sache, die sie zu ihrem Gegenstand machte.

(Cambridge 1987) 19–40. Zur Rezeption in Deutschland vgl. *Melvin Richter*, Zur Rekonstruktion der Geschichte der politischen Sprachen: Pocock, Skinner und die Geschichtlichen Grundbegriffe, in: *Alteuropa – Ancien Régime – Frühe Neuzeit. Probleme und Methoden der Forschung*, hrsg. v. *Hans Erich Bödeker, Ernst Hinrichs* (Stuttgart, Bad Cannstatt 1991) 134–174; *Günter Lottes*, „The State of the Art“, in: *Neue Wege der Ideengeschichte*, hrsg. v. *Frank-Lothar Kroll* (Paderborn 1996) 27–45; *Hartmut Rosa*, Ideengeschichte und Gesellschaftstheorie: Der Beitrag der ‚Cambridge School‘ zur Metatheorie, in: *PVS 35* (1994) 197–223; *Eckhart Hellmuth, Christoph von Ebrenstein*, Intellectual History Made in Britain: Die Cambridge School und ihre Kritiker, in: *GG 27* (2001) 149–172; vgl. auch den Beitrag von *Eckhart Hellmuth* in diesem Band. – Damit wird die einzelne Äußerung in einen sozialen Kontext gestellt: Die Sprache ist etwas, das eine Gruppe miteinander teilt. Zugrunde liegt die Saussuresche Unterscheidung von *langue* und *parole*. Nach Pocock kann sowohl die alte Sprache neue Inhalte transportieren und so den Wandel verschleiern, ebenso wie umgekehrt eine neue politische Sprache entstehen kann, weil die alte den gewandelten politischen Sachverhalten und Interessen nicht mehr gerecht zu werden vermag. Bei diesem Konzept hat unter anderem Thomas Kuhns Begriff des wissenschaftlichen Paradigmas Pate gestanden.

<sup>5</sup> Vgl. *Jan Schröder, Ines Pielemeier*, Naturrecht an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhunderts, in: *Naturrecht – Spätaufklärung – Revolution*, hrsg. v. *Otto Dann, Diethelm Klippel* (Hamburg 1995) 255–269, hier 266; *ders.*, „Naturrecht bricht positives Recht“ in der Rechtstheorie des 18. Jahrhunderts?, in: *Staat, Kirche und Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft. Festschrift zum 65. Geb. von Paul Mikat*, hrsg. v. *Dieter Schwab* u.a. (Berlin 1989) 419–433 (im folgenden zitiert: *Schröder*, Naturrecht).

<sup>6</sup> Vgl. *Jan Schröder*, Wissenschaftstheorie und Lehre von der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert, in: *Ius Commune*, Sonderheft 11 (1979) 132–145.

<sup>7</sup> Es ging m.E. nicht so sehr darum, materielle Naturrechtssätze zu Maßstäben des positiven Rechts zu erheben, sondern darum, einer formalen Methode der Rechtsbegründung zu dominierender Stellung zu verhelfen. Vgl. in diesem Sinne auch *Schröder*, Naturrecht.



Allegorische Darstellung des Naturrechts und seines Anspruchs auf autoritative Interpretation der überlieferten Rechtsbestände.

(Oraculum gentium. – Mitte: *Ur̄im et Thumim seu Jus natura cordibus inscriptum*  
*Per me regitur orbis.* – Von links nach rechts: *Sine jure publico universali non intelleges: Corpus recessuum Imperii.* – *Jus privatum collectum est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus: Corpus Juris Romani.* – *Consuetudo debet esse rationabilis: Consuetudo, consuetudo, consuetudo ...* – *Si me autem sequeris, infallibilis: Jus canonicum*)

Titelkupfer aus: Adam Friedrich Glassey, *Recht der Vernunft*, worinnen die Lehren dieser Wissenschaft auf feste Gründe gesetzt ... werden, Frankfurt/Leipzig 1746.)

Nun war für einen Juristen im Dienst der Obrigkeit in Reich oder Ländern das historische Reichsstaatsrecht selbstverständlich mindestens ebenso fundamental wie das Naturrecht. Die methodische Gegensätzlichkeit dieser beiden Disziplinen darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß sie Bestandteile ein und derselben Rechtskultur waren. Das positive historische und das universale natürliche Staatsrecht lassen sich einander zwar als methodisch gegensätzliche Disziplinen gegenüberstellen – das heißt aber nicht, daß die meisten Juristen nicht sozusagen „zweisprachig“ gewesen wären (man denke etwa an Gundling oder Pütter, die als Reichspublizisten auch Lehrbücher des Natur- und Völkerrechts geschrieben haben). Das erlaubte „Übersetzungsvorgänge“ in beide Richtungen: Die Geschichte der Reichsverfassung konnte im Licht naturrechtlicher Kategorien gelesen werden, was um so leichter möglich war, als in die naturrechtliche Kategorienbildung immer schon die Erfahrung der Reichsverfassungsrealität eingeflossen war.

Es gab allerdings auch Gelehrte, die es dezidiert ablehnten, sich der naturrechtlichen „Modophilosophie“ zu bedienen – am konsequentesten bekanntlich der ältere Moser, der bezeichnenderweise der Universitätsjurisprudenz nach zwei fehlgeschlagenen Annäherungsversuchen zeit lebens fernstand<sup>8</sup>. Man kann zwar auf dem Standpunkt stehen, daß die Methode Mosers dem Wesen des römisch-deutschen Reiches „ungleich angemessener war als die naturrechtlichen Systeme der Zeit“<sup>9</sup>. Aber gerade vor der Folie von Mosers Werk wird deutlich, wozu die Reichspublizisten die dem Naturrecht entlehnte Systematik dennoch brauchten: Mosers Werke standen an Monstrosität ihrem Gegenstand in nichts nach. Das einzige Ordnungsprinzip, mit dem Moser seine Stoffmassen bändigte, war ein dem Gegenstand selbst entnommenes, nämlich die hierarchische Gliederung des Reiches selbst, die aber erstens ihrerseits legitimationsbedürftig und zweitens dauernd strittig war. Mosers verwinkeltes gotisches Gebäude beleidigte nicht nur den Zeitgeschmack und entzog sich dem Anspruch voluntaristisch-zweckrationaler Begründbarkeit, es ließ sich auch den Studenten nicht in handlicher Form vermitteln. Der überragende Erfolg Johann Stephan Püthers als akademischer Lehrer wie als juristischer Berater ist zweifellos nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß er im Gegensatz zu Moser auch die Sprache des Naturrechts perfekt beherrschte und für die Systematisierung, Ordnung und Rationalisierung des Reichsrechts fruchtbar zu machen verstand<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Mit 19 Jahren wurde Moser außerordentlicher Professor in Tübingen, hatte aber kaum Hörer und hängt deshalb die Professur wieder an den Nagel. 1727 wurde er Titularprofessor am Collegium illustre in Tübingen, nicht aber an der Universität. Einen Ruf nach Göttingen lehnte er ab und ließ sich statt dessen an die Universität Frankfurt/Oder berufen; 1739 zog er sich von dort wegen Konflikten mit den Kollegen ins Privatleben zurück. Mehr Erfolg hatte er 1749–51 mit seiner privaten Staats- und Kanzleiakademie zur praktischen Verwaltungsbildung, die er zugunsten des Amtes als württembergischer Landschaftskonsulent wieder aufgab.

<sup>9</sup> So z. B. Gerd Kleinheyser, Johann Jakob Moser, in: *ders., Jan Schröder* (Hrsg.), *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten* (Heidelberg 21983) 194–198, hier 197.

<sup>10</sup> Vgl. Christoph Link, Johann Stephan Pütter (1725–1807). Staatsrecht am Ende des alten Reiches, in: *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, hrsg. v.

Jedenfalls bewegten sich die meisten Juristen des späten 18. Jahrhunderts in der naturrechtlichen Terminologie und Argumentationsweise wie die Fische im Wasser. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung scheint mir dabei, daß die Verfügung über diese gemeinsame „Sprache“ elementarer Bestandteil eines spezifischen sozialen Habitus war. Vor allem wer seine akademische Sozialisation an einer der modernen Reformuniversitäten erfahren und anschließend eine praktische Ausbildung in Wetzlar, Regensburg oder Wien durchlaufen hatte, konnte sich einer Elite zugehörig fühlen, die konfessionelle, territoriale und ständische Zugehörigkeiten überschritt. Auch wenn die Studien noch so kurz und die juristischen Kenntnisse noch so oberflächlich blieben – etwa im Falle eines adeligen Domherrn wie Karl Theodor von Dalberg, um nur ein prominentes Beispiel zu nennen –, so erwarb man dadurch doch das Bewußtsein der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, deren Mitglieder einander an nichts so gut erkannten wie an ihrer gemeinsamen Sprache. Es waren die Mitglieder dieser Elite, die nacheinander oder auch gleichzeitig juristische Lehrstühle, Regierungs- und Justizämter in Reich, Ländern und Städten innehatten, die also zwischen kaiserlichen und reichsgerichtlichen, landesherrlichen und landständischen Diensten oft mehrfach wechselten. Auch wenn das im einzelnen prosopographisch noch keineswegs hinreichend erforscht ist, so läßt sich doch zweifellos sagen, daß es im Reich einen hohen Grad personeller Identität, Verflechtung und Fluktuation zwischen den verschiedenen Positionen gab, die eine akademische juristische Ausbildung erforderten<sup>11</sup>.

Die naturrechtliche Sprache war in der zweiten Jahrhunderthälfte das habitualisierte Verständigungsmedium dieser Juristen, die ihren Lebensunterhalt damit verdienten, mit dem bestehenden Recht der Reichs- und Territorialverfassungen umzugehen. Sie konnten daher in aller Regel kein Interesse daran haben, dieses Recht im Kern in Frage zu stellen. Anders als manchen Philosophen, die Naturrecht lehrten, lag den Juristen ein kritisch-revolutionärer Impetus grundsätzlich fern<sup>12</sup>.

*F. Loos* (Göttingen 1987) 75–99; *Ulrich Schlie*, Johann Stephan Pütters Reichsbegriff (Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien 38, Göttingen 1961); *Wilhelm Ebel*, Der Göttinger Professor Johann Stephan Pütter aus Iserlohn (Göttingen 1975).

<sup>11</sup> Zu den Reformuniversitäten, insbesondere Göttingen, vgl. *Notker Hammerstein*, Die Naturrechtslehre an den deutschen, vornehmlich preußischen Universitäten, in: *Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht*, hrsg. v. *G. Birtsch, D. Willoweit*, in: *FBPG N.F. Beiheft 3* (Berlin 1998) 3–19; *Gerit Walther*, Das Ideal Göttingen, in: *Die Universität Jena. Tradition und Innovation um 1800*, hrsg. v. *G. Müller, K. Ries, P. Ziche* (Stuttgart 2001) 33–45, hier 40, der den „systematischen Eklektizismus“ als Charakteristikum der Göttinger Gelehrsamkeit hervorhebt, verkörpert in der Lehrform der „Enzyklopädie“, „die den Stoff in eine vernünftig einleuchtende, didaktisch klare, gut memorierbare Ordnung brachte“.

<sup>12</sup> Vgl. die treffenden Bemerkungen von *Gerd Roellecke*, Das Ende des römisch-deutschen Kaisertums und der Wandel der europäischen Gesellschaft, in: *Heiliges römisches Reich und moderne Staatlichkeit*, hrsg. v. *W. Braumeder* (Frankfurt a. M. u. a. 1993) 93–109, hier 95; ferner *Gerhard Dilcher*, Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz, in: *Der Staat 27* (1988) 161–193, hier 184 ff. zur akademischen Rechtskultur als Kontinuitätsbrücke vom Alten Reich zum Deutschen Bund. – Zu den Juristen als Trägern eines „intergouverne-

## II.

Wie sah unter diesen Umständen die Übersetzung der bestehenden Verfassungsstrukturen in die Begriffe des Naturrechts aus? Der naturrechtliche General-schlüssel zu den hergebrachten ständisch-korporativen Verfassungsstrukturen war bekanntlich die Rechtsfigur des Vertrags. Sie erlaubte es, alle bestehenden politisch-sozialen Verpflichtungsverhältnisse auf freie Willensakte als ihre „unwidersprechlichen, notwendigen Gründe“ zurückzuführen – nämlich auf die freie Übereinkunft verschiedener Kontrahenten<sup>13</sup>. Die Figur des Vertrags kam nicht nur dem aufgeklärten Bedürfnis nach methodischer Begründung aller rechtlichen Verhältnisse entgegen, sie entsprach auch der lebensweltlichen Erfahrung: Die weithin konsensual geprägten vormodernen Verfassungsstrukturen beruhten ja tatsächlich auf einem Geflecht expliziter, wechselseitig beedeter Vertragsverhältnisse<sup>14</sup>. Zu schlechthin universeller Verwendbarkeit verhalf man der Vertragsfigur aber erst dadurch, daß man ein *pactum* nicht nur als *expressis verbis* vollzogen, sondern auch als bloß stillschweigend erfolgt denken konnte. Mit diesem argumentativen *passe-par-tout* ließen sich schlechthin alle gewohnheitsrechtlichen Gegebenheiten rationalisieren.

Das galt auch für die ständischen Partizipationsrechte. Pufendorf und mit ihm die Mehrzahl der deutschen Naturrechtslehrer führten die vertragliche Festlegung der *forma reipublicae* im Herrschaftsvertrag als theoretisches Axiom ein, um alle möglichen empirischen Verfassungsvarianten daraus herzuleiten. So erschienen die *leges fundamentales* als die Vertragsbedingungen, die „das Volk“ dem Regenten bei der Herrschaftsübertragung auferlegt habe. Diese Bedingungen konnten unter anderem eben darin bestehen, daß der Monarch bei der Ausübung seiner *summa potestas* in bestimmten Fällen an die Zustimmung „des Volkes“, „der Großen“, „eines Collegiums“ oder ähnliches gebunden worden sei. Neben der *monarchia limitata* im Sinne Pufendorfs, wonach die *summa potestas* trotz aller ständischen Konsensrechte stets beim Monarchen lag, führten namentlich Wolff und

mentalen Diskurses“ vgl. zuletzt Wolfgang Burgdorf, Reichskonstitution und Nation. Verfassungsreformprojekte für das Heilige Römische Reich deutscher Nation im politischen Schrifttum von 1648 bis 1806 (Mainz 1998) 21 ff.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. – für viele andere – Samuel Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur (De officio hominis et civis juxta legem naturalem, 1673), hrsg. u. übers. v. Klaus Luig (Frankfurt a. M., Leipzig 1994) 86 ff. (im folgenden zitiert: Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen); Gottfried Achenwall, Johann Stephan Pütter, Anfangsgründe des Naturrechts (Elementa iuris naturae, Göttingen 1750), hrsg. u. übers. v. Jan Schröder (Frankfurt a. M. 1995) 110 ff. (im folgenden zitiert: Achenwall, Pütter, Anfangsgründe); Daniel Nettelblatt, Systema elementare universae jurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum (Halle 1785, ND Hildesheim 1997) 75 ff. (im folgenden zitiert: Nettelblatt, Systema).

<sup>14</sup> Vgl. Paolo Prodi, Das Sakrament der Herrschaft (Berlin 1997) 167 ff., 173 ff., der die ständisch-korporative Verfassung als „verflochtenes System von Herrschaftsverträgen“ auf der Basis persönlicher promissorischer Eide interpretiert, das im Krönungseid des Königs gipfelt.

Nettelblatt auch die *monarchia mixta* wieder ein, bei der die Stände selbst als Mitinhaber der *summa potestas* begriffen wurden, die sie gemeinsam mit dem Monarchen *communicatiue, non separatim* ausübten<sup>15</sup>.

Im Reichs- und Territorialstaatsrecht konnte man sich je nach Argumentationsbedarf der einen oder anderen dieser bereitgestellten Kategorien bedienen, um das Verhältnis zwischen Landesherrn und Ständen als Rechtsverhältnis zu fassen. Die Reichsgeschichte wurde dabei ganz im Lichte dieser Kategorien interpretiert. Vor allem der Hannoveraner Publizist David Georg Strube, ein Thomasius-Schüler, etablierte eine überzeugende Lösung, wie sich die naturrechtliche Vertragsfigur in die Entstehungsgeschichte der landständischen Verfassungen einbauen ließ. Das war nämlich insofern nicht ganz einfach, als die Territorialgewalt ja historisch eigentlich aus der Reichsgewalt abgeleitet wurde. Aber, so Strube, die mittelalterlichen Kaiser hätten nicht über die Rechte des Volkes verfügen und den Landesfürsten eine Gewalt übertragen können, die sie selbst nicht uneingeschränkt besaßen. Das habe nur mit ausdrücklichem oder stillschweigendem Konsens des betroffenen Volkes geschehen können. Die Landeshoheit sei also gleichermaßen dem Kaiser wie einem stillschweigenden *pactum* mit dem jeweiligen Volk geschuldet<sup>16</sup>.

Alle diese naturrechtlichen Rationalisierungen der bestehenden Verfassungsstrukturen – ob sie nun eher dazu benutzt wurden, ständische Konsensrechte zu stärken oder den landesherrlichen Gestaltungsspielraum gegenüber diesen Konsensrechten auszudehnen – hatten einen blinden Fleck gemeinsam: das Verhältnis nämlich zwischen „dem Volk“, *populus*, einerseits und den Ständen, *status, proceres* oder *corpora qui iura populi habent*, andererseits blieb in aller Regel jenseits einer unsichtbaren Thematisierungsschwelle. An diesem spezifischen Punkt differierte die naturrechtliche Vertragsfiktion von den empirischen Herrschaftsverträgen; hier klaffte eine signifikante gedankliche Lücke, die eine Zeitlang allerdings nicht der argumentativen Überbrückung für wert gehalten wurde.

Die meist völlig umstandslose Gleichsetzung von gesamtem Volk und Ständen war nämlich nicht vereinbar mit dem naturrechtlichen Bürgerbegriff, den Pufen-

<sup>15</sup> Pufendorf, Über die Pflicht des Menschen 165 ff., 176 f.; vgl. etwa Achenwall, Pütter, Anfangsgründe 186 f.: „Da die unterschiedlichste Bestimmung des Zwecks und der Mittel gedacht werden kann, können auch die Bedingungen des Gesellschaftsvertrages von unterschiedlichster Art sein.“ Weitere Belege bei Barbara Stollberg-Rilinger, Vormünder des Volkes. Konzepte landständischer Repräsentation in der Spätphase des Alten Reiches (Historische Forschungen 64, Berlin 1999) 115–120 (im folgenden zitiert: Stollberg-Rilinger, Vormünder des Volkes); Horst Dreitzel, Absolutismus und ständische Verfassung in Deutschland. Ein Beitrag zu Kontinuität und Diskontinuität der politischen Theorie in der frühen Neuzeit (Veröff. des Inst. für Europäische Geschichte Mainz, Abt. Universalgeschichte, Beiheft 24, Mainz 1992) 96 f. und passim.

<sup>16</sup> David Georg Strube, *Commentatio de origine nobilitatis Germanicae et praecipuis quibusdam eius iuribus* (Jena 1745) 73 ff.; ders., *De statuum provincialium origine et praecipuis iuribus. Observatio IV*, in: ders., *Observationum iuris et historiae Germanicae decas* (Hildesheim 1735) 157–209, hier 163 ff.; ders., *Vom Ursprung der Landeshoheit*, in: ders., *Nebenstunden* Bd. IV (Hannover 1757) 3 ff. – Vgl. Stollberg-Rilinger, *Vormünder des Volkes* 56–64.

dorf ausdrücklich gegen die aristotelische Tradition durchgesetzt hatte. Als Bürger galten seit Pufendorf ja nicht mehr allein die politisch Mitspracheberechtigten (d. h. die Inhaber politischer Standschaft), sondern vielmehr „alle freien Männer und Familienväter“, auch wenn sie „an der Regierung des Staates nicht teilnehmen“<sup>17</sup> – mit anderen Worten alle, die im Gründungsvertrag als *populus* zusammentraten und sich als *societas civilis* konstituierten. *Cives subditi, qua tales, sunt in statu aequalitatis*, heißt es etwa bei Darjes<sup>18</sup>. Wenn aber der Bürgerbegriff nicht mehr allein auf die politisch Konsensberechtigten beschränkt blieb, sondern alle Untertanen gleichermaßen umfaßte, so mußte – jedenfalls in der Theorie – das Verhältnis zwischen Ständen und Untertanengesamtheit zum Problem werden. Traten die individuellen Untertanen (bzw. Hausväter) erst einmal als ursprüngliche Vertragspartner und Bürger in Erscheinung, so bedurfte es auch einer vernünftigen Begründung, wie und wodurch die Stände ihnen gegenüber herausgehoben seien.

Dafür gab es prinzipiell zwei theoretische Lösungen: Zum einen konnten die Rechte der Stände als vorstaatlich erworbene *iura quaesita* beschrieben und so mit einem gewissen (wenn auch nicht vollkommenen) Bestandsschutz gegenüber landesherrlichem Zugriff ausgestattet werden<sup>19</sup>. Die ganze Stufenfolge der *societates minores*, von der Ehe bis zu den ständischen *corpora* und *universitates*, ließ sich bekanntlich auf diese Weise als Komplex schutzwürdiger Rechtsbestände in die *societas civilis* hinüberleiten. Die Kehrseite dieser Konstruktion war aber, daß alle diese *societates* damit zugleich per definitionem ihres politischen Charakters entkleidet und zu quasi privaten Einrichtungen umgedeutet wurden. Gerade die Teilhabe der Stände an der *summa potestas* ließ sich so nicht begründen.

Begriff man hingegen die Rechte der Stände als politische Partizipationsrechte, wies man diesen also im Sinne der oben angeführten Kategorie der *monarchia mixta* eine Teilhabe an der *summa potestas* zu, so konnten sich diese Mitwirkungsrechte logischerweise eben nur auf den Vertrag gründen, der die *societas civilis* konstituierte. Das heißt: Auch sie bedurften der Begründung durch freie Übereinkunft aller Beteiligten. An diesem Punkt läßt sich m. E. beobachten, wie die immanente Logik der naturrechtlichen Kategorien dazu führte, politische Strukturen in

<sup>17</sup> Samuel Pufendorf, De statu Imperii Germanici (1667). Die Verfassung des deutschen Reiches, übers. v. Horst Denzer (Stuttgart 1976) VI,3; Stollberg-Rilinger, Vormünder des Volkes 121; Michael Stolleis, Untertan, Bürger, Staatsbürger, in: ders., Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts (Frankfurt a. M. 1990) 299–339.

<sup>18</sup> Joachim Georg Darjes, Institutiones iurisprudentiae universalis (Jena 1748, <sup>5</sup>1757) § 709a, 405.

<sup>19</sup> Vgl. Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts (Paderborn 1976) 54 ff., 96 ff.; Eckhart Hellmuth, Naturrechtsphilosophie und bürokratischer Werthorizont. Studien zur preußischen Geistes- und Sozialgeschichte des 18. Jahrhunderts (Veröff. des Max-Planck-Inst. für Geschichte 78, Göttingen 1985) 78 ff.; Peter Preu, Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts (Göttinger Rechtswiss. Studien 124, Göttingen 1983) 47 ff., 190 ff.

einer Weise zu thematisieren, deren mögliche argumentative Konsequenzen womöglich gar nicht beabsichtigt waren. Mit anderen Worten: Die Übersetzung des Verhältnisses zwischen Landständen und Untertanen in die Sprache des Naturrechts stellte ein begriffliches Arsenal zur Verfügung, über dessen politische Verwendbarkeit man sich noch gar nicht im Klaren war.

Soweit zu sehen ist, war es Daniel Nettelblatt, und zwar in seinem *Systema elementare jurisprudentiae universalis*, der in der deutschen Naturrechtslehre erstmals das Verhältnis zwischen dem Volk als ganzem und den Ständen systematisch thematisierte und als vertraglich begründetes Rechtsverhältnis beschrieb<sup>20</sup>. Nettelblatt führte wie gesagt in der Staatsformenlehre die Möglichkeit ein, daß der *populus* in seiner Gesamtheit an den Hoheitsrechten teilhabe und „einige aus dem Volk“ diese Rechte korporativ ausübten, mithin das Volk in seiner Gesamtheit repräsentierten. Diese, die Stände, wurden dabei ausdrücklich definiert als diejenigen, *quibus iura populi a populo sunt concessa*<sup>21</sup>. Die Art und Weise, wie man die Standschaft erwerbe, sei durchaus unterschiedlich und in ihrer Vielfalt nicht nach dem natürlichen Staatsrecht zu bestimmen, hänge aber ursprünglich von der Verfassung des betreffenden Staates ab, sei also von dessen *sämtlichen* Gliedern vereinbart worden und könne daher auch von sämtlichen Gliedern gemeinsam geändert werden.

Damit dehnte Nettelblatt die Fiktion einer ursprünglichen Herrschaftsübertragung aufgrund eines Mandats, die üblicherweise zur Begründung der monarchischen Herrschaft diene, konsequenterweise auf die Herrschaftsteilhabe der Stände aus. Die Tragweite dieser Umdeutung war erheblich. Sie veränderte das herkömmliche Konzept ständischer Repräsentation von Grund auf. In der traditionellen Korporationslehre hatte man etwas ganz anderes gemeint, wenn man davon sprach, daß die Stände die Volksgesamtheit repräsentierten: Das hieß nämlich ursprünglich nichts anderes, als daß die Stände berechtigt seien, ihre korporativ gefaßten Beschlüsse der Gesamtheit verbindlich zuzurechnen. Es hieß keines-

<sup>20</sup> Althusius, den man womöglich hier anführen könnte, beschrieb dieses Verhältnis zwar auch, aber nicht in modernen naturrechtlichen Kategorien und daher in signifikant anderer Weise. Vgl. *Hasso Hofmann*, Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis zum 19. Jahrhundert (Schriften zur Verfassungsgesch. 22, Berlin 1974) 358 ff. (im folgenden zitiert: *Hofmann*, Repräsentation); *ders.*, Der spätmittelalterliche Rechtsbegriff der Repräsentation in Reich und Kirche, in: *Der Staat* 27 (1988) 523–546.

<sup>21</sup> *Nettelblatt*, *Systema* § 1210, 498; diese Formulierung fehlt noch an der entsprechenden Stelle der 1. Aufl. von 1745 (§§ 732 ff., 296 ff.), erscheint aber schon in der wesentlich erweiterten Auflage Halle 1767 (dort § 1345, 497 f.). In der von Heineccius übersetzten und gekürzten deutschen Fassung fehlt die Formulierung von der Übertragung durch das Volk bezeichnenderweise wiederum; dort heißt es an der entsprechenden Stelle nur: „Zu den nicht gemeinen Gliedern eines Reichs gehören auch die Reichsstände. [...] Hat ein Reich Stände, so hat man den Fürsten, das Corpus der Stände und das übrige Volk zu unterscheiden, welches von den Ständen vorgestellt wird, also, daß die Rechte des Volks die Rechte der Stände sind.“ (Anfangsgründe der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit. Eine abgekürzte freye Übers. mit einigen Erläuterungen und Zusätzen von J. H. Heineccius, Halle 1779, § 753, 320 f.; vgl. §§ 727 ff., 310 f.; Hervorhebung von mir.)

wegs, daß die Stände dieses Recht ursprünglich der Gesamtheit verdankten<sup>22</sup>. Der Gesamtheit kam vielmehr keine größere Rechtsmacht zu als der repräsentativen Versammlung. Die Repräsentationsfiktion war ja ursprünglich vor allem im Interesse der Landesherren eingeführt worden, um die Stände zu einem korporativ aktionsfähigen Verhandlungspartner in Steuersachen zu machen, und nicht etwa dazu, um den Charakter ihrer Standschaft in irgendeiner Weise in Frage zu stellen<sup>23</sup>.

Nun aber bewirkte die konsequente Übersetzung in naturrechtliche Begriffe, daß das Verhältnis zwischen Ständen und Untertanengesamtheit theoretisch umgekehrt, ja gewissermaßen auf den Kopf gestellt wurde: Die rechtliche Priorität verlagerte sich von den Ständen auf das gesamte Volk. So heißt es etwa 1788 in einer Schrift des Mainzer Reichspublizisten Peter Anton Frank, einem Pütter-Schüler: „Reichsstände, Landstände [...] sind bey näherer Zergliederung dieser staatsrechtlichen Notion als Repräsentanten des Volkes zu betrachten. [...] Was sie sind, das sind sie nicht durch sich selbst, sondern der ausdrückliche oder stillschweigende Volkswille erhob sie zu dieser Volkswürde. Daraus fließt, daß ursprünglich selbst die gesammte Unterthanschaft zur Ausübung aller der Befugnisse berechtigt sey, worinnen sie durch Reichs- oder Landstände vertreten wird.“<sup>24</sup> In der Spätphase des Reiches verbreitete sich diese Sicht unter Juristen rasch; sie läßt sich etwa in den Lehrbüchern von Häberlin, Schlözer oder Schnaubert nachweisen und drang auch in das Territorialstaatsrecht ein<sup>25</sup>.

### III.

Was für argumentative Folgerungen wurden nun aus dieser naturrechtlichen Umdeutung der ständischen Verfassung gezogen? Die politische Virulenz dieser naturrechtlichen Argumentation läßt sich allein an konkreten historischen Beispielen zeigen. Ich möchte das am exemplarischen Fall der bayerischen Landtags-

<sup>22</sup> Vgl. Hofmann, Repräsentation 342ff.; Stollberg-Rilinger, Vormünder des Volkes 92ff.; dies., Was heißt landständische Repräsentation?, in: Zeitsprünge. Forschungen zur Frühen Neuzeit 4 (Frankfurt a. M. 2000) 120–135.

<sup>23</sup> Es war zum Beispiel nicht darum gegangen, die erbliche Landtagsfähigkeit der Adelsfamilien in Frage zu stellen, sondern vielmehr darum, sicherzustellen, daß alle Landsassen zur Steuerleistung verpflichtet waren, sofern nur einige von ihnen sie – in den hergebrachten, korrekten Formen – bewilligt hatten.

<sup>24</sup> Peter Anton Frank, Etwas über die Wahlkapitulationen in den geistlichen Wahlstaaten (Frankfurt a. M. 1788) 75. – Vgl. Barbara Stollberg-Rilinger, Die Wahlkapitulation als Landesgrundgesetz?, in: Menschen und Strukturen in der Geschichte Alteuropas. Festschrift für Johannes Kunisch zum 65. Geburtstag, hrsg. v. H. Neuhaus und ders. (Berlin 2002) 379–404.

<sup>25</sup> Carl Friedrich Häberlin, Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Herrn Geh. Justizrath Pütter, 3 Bde. (Berlin 1794) Bd. II, 28f., 45, 76 u.ö.; August Ludwig Schlözer, Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungsLere (Göttingen 1793, ND 1970) 163ff.; Andreas Joseph Schnaubert, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts (Jena 1806) Bd. I, 295f.

reformbewegung der späten 1790er Jahre<sup>26</sup> illustrieren, der sich ganz ähnliche Bewegungen in anderen Reichsterritorien zur Seite stellen lassen – Kurhannover, Württemberg und Sachsen etwa. Ihnen allen war eine ähnliche Konfliktkonstellation gemein: Die Revolutionskriege trieben die Steuerbelastung in die Höhe, und die Landstände beteiligten sich kaum an den Kosten eines Krieges, der nicht zuletzt zur Verteidigung eben dieser Steuerprivilegien geführt wurde.

In Bayern waren die Landstände seit 1669 nicht mehr einberufen worden. Die Kurfürsten hatten den landständischen Ausschuß, die sog. „Landschaftsverordnung“, weitgehend zum Instrument ihrer straffen Zentralgewalt umformen können. Obwohl der Ausschuß ursprünglich nur für neun Jahre eingesetzt worden war, ergänzte er sich weit über ein Jahrhundert lang ständig selbst, eignete sich die Bewilligung, Erhebung und Verwaltung der Steuern allein an und wurde so zu einer mit der kurfürstlichen Regierung eng verflochtenen Steuerbehörde. Die Ländertauschpläne Karl Theodors und vor allem die Kriegsgefahr aktivierten nun aber den Oppositionsgeist des Ausschusses, der eine eigenständige Neutralitätspolitik gegenüber Frankreich betrieb und gar im Sommer 1796 nach der Flucht des Kurfürsten und seines Hofes interimistisch die Regierungsgeschäfte führte. Dabei bediente sich die Landschaftsverordnung u.a. des Arguments, sie sei Repräsentantin „der ganzen bayrischen Nation, welche sich nur durch diese Stimme ihrem höchsten Regenten mitteilen kann“<sup>27</sup>. Der Ausschuß selbst war allerdings politisch gespalten – während eine reformfreudige Minderheit nach einem allgemeinen Landtag verlangte, suchte die Mehrheit dies mit Erfolg zu verhindern.

In dieser Situation brach 1797 eine Streitschriftenflut aus. Nun wurde nicht mehr nur wie schon früher ein allgemeiner Landtag gefordert, sondern die Struktur der Standschaft – ihre Bindung an herrschaftliche Güter oder magistratische Ämter – wurde erstmals grundsätzlich zur Disposition gestellt<sup>28</sup>. Der bisher ganz

<sup>26</sup> Vgl. die älteren Arbeiten von *Otto Steinwachs*, Der Ausgang der landschaftlichen Verordnung in Bayern, in: *Oberbayer. Archiv* 55 (1910) 60–138, 294–332; 56 (1912) 37–59; 57 (1913) 38–118; *Fritz Zimmermann*, Bayerische Verfassungsgeschichte vom Ausgang der Landschaft bis zur Verfassungsurkunde von 1818. Ein Beitrag zur Auseinandersetzung Deutschlands mit den Ideen der Französischen Revolution und der Restauration (München 1940, ND Aalen 1973), (im folgenden zitiert: *Steinwachs*, Ausgang der landschaftlichen Verordnung); ferner *Eberhard Weis*, Kontinuität und Diskontinuität zwischen den Ständen des 18. Jahrhunderts und den frühkonstitutionellen Parlamenten von 1818/19 in Bayern und Württemberg (1982), wieder in: *ders.*, Deutschland und Frankreich um 1800. Aufklärung, Revolution, Reform (München 1990) 218–242; *ders.*, Landschaft, Landschaftsverordnung und Landtag in Bayern. Zur Frage ihrer Kontinuität, in: *Der bayerische Landtag vom Spätmittelalter bis zur Gegenwart*, hrsg. v. *W. Ziegler* (München 1995) 151–164; zuletzt *Jutta Seitz*, Die landständische Verordnung in Bayern im Übergang von der altständischen Repräsentation zum modernen Staat (Göttingen 1999) 219ff.; knapp *Stollberg-Rilinger*, Vormünder des Volkes 164ff.

<sup>27</sup> Vgl. die Belege bei *Steinwachs*, Ausgang der landschaftlichen Verordnung, Bd. 55, 61f., 101, 111, 133, 137f.

<sup>28</sup> Die Debatte erreichte durch den Tod Karl Theodors 1799 und den französischen Einmarsch in München 1800 ihren Höhepunkt und erregte die Aufmerksamkeit des Publikums weit über Bayern hinaus. Vgl. vor allem *Carl Friedrich Häberlin*, *Staats-Archiv*, Bd. 5 (1800) 320–331; Bd. 6 (1801) 1–38 und 144–169.

selbstverständliche Umstand, daß das Handeln der „Repräsentanten“ dem Einfluß der „Repräsentierten“ völlig entzogen war, geriet nun überhaupt erst in den Blick, und man forderte grundsätzliche Veränderungen des Vertretungsmodus auf Landtagen – bis hin zu einem auf Eigentumsqualifikation beruhenden Wahlrecht für Bürger und Bauern, ja in Einzelfällen sogar bis zur Abschaffung der ständischen Gliederung des Landtags überhaupt.

Der Verlauf dieses Konflikts kann hier nicht verfolgt werden; bekanntlich war die Reformbewegung erfolglos, solange das Alte Reich existierte, und die Regierung löste die ständische Verfassung 1808 schließlich ganz auf. Was hier interessiert ist der Umstand, daß zunächst auf allen Seiten mit der naturrechtlichen Mandatsfiktion operiert wurde. Zum einen ließ sie sich zur Rationalisierung der altständischen Verfassungsstrukturen einsetzen, indem man das Mandat des Volkes an die Stände als stillschweigend erfolgtes unterstellte. So hieß es zum Beispiel noch in Johann Georg Feßmaiers Grundriß des bayerischen Staatsrechts: „Die Unterthanen sahen durch Jahrhunderte alle Landesangelegenheiten von den Ständen in ihrem Namen berathen, und widersprachen nicht; ratificirten also stillschweigend alle Handlungen ihrer Vertreter. Die Repräsentation der baierischen Stände für alle Unterthanen beruhet also auf stillschweigender Vollmacht.“<sup>29</sup> So argumentierten diejenigen, die die landständische Verfassung mit Hilfe moderater, defensiver Reformen zu retten suchten.

Eine solche Argumentation war augenscheinlich ambivalent. Schließlich legte sie die Folgerung nahe, daß die „Kommittenten“ ihre stillschweigende Vollmacht den „Volksrepräsentanten“ auch wieder entziehen könnten, wenn diese ihre Aufgabe nicht erfüllten, so wie es im Nachbarland ja auch geschehen war – das französische Vorbild ist wohl kaum zu überschätzen. Man konnte aber auch überhaupt bestreiten, daß es ein solches Mandat je gegeben habe. So ging es dem Autor der anonymen Schrift „Über den Werth und die Folgen der ständischen Freyheiten in Baiern“, mit der die Flugschriftenwelle eingesetzt hatte, darum, den „falschen Begriff der Repräsentation der Unterthanen durch die Stände“ grundsätzlich zu entlarven<sup>30</sup>. Dort hieß es nun: „Jede Repräsentation oder Vertretung eines

<sup>29</sup> *Johann Georg Feßmaier*, Grundriß des baierischen Staatsrechtes zum Gebrauche akademischer Vorlesungen (Ingolstadt 1801) 166f. – Feßmaier trat ähnlich wie der bayerische Landschaftsarchivar Georg Johann Baptist Panzer für die „Gleichstellung des Interesse der Repräsentanten mit den Repräsentirten“, d.h. für die Abschaffung adeliger Privilegien und einen allgemeinen, gleichen Besteuerungsmodus ein, um weitergehenden Reformforderungen den Wind aus den Segeln zu nehmen. Vgl. die anonym erschienene Schrift von *Feßmaier*, Die Privilegien des Adels in Baiern vor dem Richterstuhl der gesunden Vernunft (o.O. 1800).

<sup>30</sup> Dies erschien geradezu als „das Hauptmittel, das Volk in seine usurpirten Rechte wieder einzusetzen“, denn: „Solange die Stände Stände sind, und eigne ausschließende Realprivilegien haben, ist kaum zu hoffen, daß sie insgesamt und jederzeit redliche und eifrige Vertreter des Volks seyn werden.“ Sie glichen dem Wolf in der Fabel: Er „nahm das arme unschuldige Lämmlein in seinen Schutz und bewies daraus sein Recht, dasselbe würgen zu dürfen“. So die schon einige Jahre vor ihrer Veröffentlichung kursierende anonyme Schrift: Über den Werth und die Folgen der ständischen Freyheiten in Baiern (o.O. 1797) 31, 102, die den Beginn des Flugschriftenkampfs einleitete.

Anderen gründet sich auf eine vorausgegangene Übertragung. ... Daß das bayerische Volk seine Vertretung den Prälaten, dem Adel und den Vorstehern der Städte und Märkte nicht ausdrücklich übertragen habe, ist evident. Die Stände können keine Urkunde darüber aufweisen, und sie müssen selbst eingestehen, daß in allen [...] Freyheitsbriefen und Bündnissen, und bey allen seither abgehaltenen sogenannten Landtagen nur sie untereinander ohne Beyziehung und ausdrückliche Einstimmung des gesamten Volkes mit dem Fürsten gehandelt haben.<sup>31</sup> Daraus folge, daß „die auf den falschen Begriff von Repräsentation ... gegründeten Verhandlungen ... ungiltig, und wenigst in Absicht des gemeinen Volkes von keiner verbindenden Kraft sind“<sup>32</sup>. Übrigens benutzten nicht nur radikale Reformkräfte dieses Argument gegenüber den Landständen. Auch die Regierung wies den Repräsentationsanspruch der Landschaftsverordnung grundsätzlich zurück mit dem Hinweis, der Ausschuß sei vom Volk weder gewählt noch beauftragt<sup>33</sup>; sie machte sich also den naturrechtlichen Maßstab des Volksmandats grundsätzlich ebenfalls zu eigen.

Es zeigt sich also: Alle Seiten argumentierten mit einer Kombination aus naturrechtlichen und historischen Gründen. Gerade die naturrechtliche Deutung der Stände als Volksrepräsentation, die zunächst von dem ständischen Ausschuß selbst ins Feld geführt worden war, bescherte diesem (ebenso wie den Landständen generell) jetzt ein unübersehbares Legitimationsdefizit. Wenn die Stände sich tatsächlich als Mandatsträger des Volkes verstanden, dann hatten sie ein Problem: Man wies ihnen entweder nach, daß es dieses Mandat historisch nie gegeben hatte, oder, daß sie es jämmerlich schlecht erfüllten. In jedem Falle aber setzte man voraus, daß es ohne ein solches Mandat keine legitime Partizipation geben könne.

Die Reformgegner bezogen daher schließlich die einzig plausible Verteidigungsposition und bestritten grundsätzlich (schließlich auch mit guten historischen Argumenten), daß die Landstände jemals irgend etwas mit Repräsentation der Untertanen zu tun gehabt hätten: Seit jeher habe auf Landtagen jeder vielmehr nur für sich selbst gesprochen<sup>34</sup>. Mit anderen Worten: Die Stände zogen es vor, ihre Partizipationsrechte allen politischen Charakters zu entkleiden und sie als quasi-private Eigentumsrechte zu verteidigen. Damit zogen sie die Konsequenz aus der Erfahrung, daß die naturrechtliche Sprache ihre politische Unschuld verloren und sich zum Instrument der Revolution entwickelt hatte.

<sup>31</sup> Ebd. 31.

<sup>32</sup> Ebd. 34.

<sup>33</sup> Vgl. *Steinwachs*, Ausgang der landschaftlichen Verordnung, Bd. 55, 111.

<sup>34</sup> So paradigmatisch *Adolf Felix Heinrich Posse*, Über das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden und das Staatsrepräsentationsrecht der deutschen Landstände (Rostock, Leipzig 1794). – Für Bayern etwa: *Anonym*, Von dem Prinzip und den rechtlichen Folgen der Landstandschaft in Baiern (o.O. 1802) 20 ff.: Nur die Landsassen stellen das konstitutionelle Volk dar, sie sind „keineswegs Stellvertreter, Repräsentanten oder Mandatarien ihrer Hintersassen“; die Bauern sind vielmehr „Zubehör des Landeigenthums der Grundherren“.

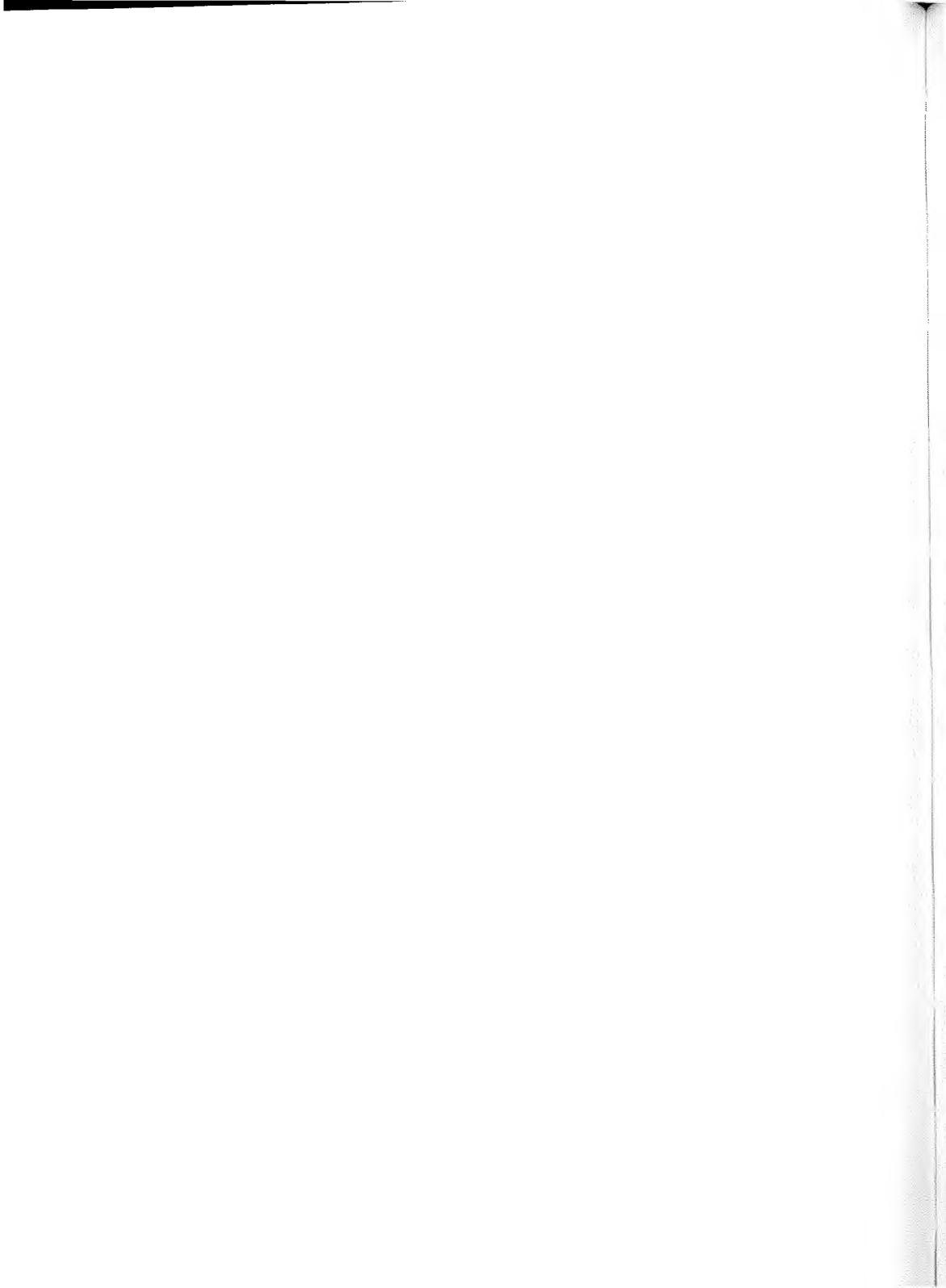
## IV.

Was heißt das nun, um abschließend auf den Ausgangspunkt zurückzukommen, für die Naturrechtslehre als politische Sprache der Juristen im Alten Reich? Die „Sprache“ des Naturrechts war offensichtlich flexibel; sie konnte dem Bedürfnis nach rationaler Begründung der historischen Rechtsbestände ebenso Rechnung tragen wie dem Bedürfnis nach deren fundamentaler Kritik. Immer aber beeinflusste sie grundsätzlich die Wahrnehmung der Gegenstände, über die gesprochen wurde, indem sie sie einem rationalen Begründungszwang unterwarf. Zweifellos kann man die historische Leistung des Naturrechts mit Niklas Luhmann darin sehen, daß es die Kontingenz allen Rechts denkbar gemacht hat, indem es alles Recht als Folge einer Selektion aus der Vielzahl der Möglichkeiten und als Entscheidung für eine dieser Möglichkeiten erscheinen ließ, dabei aber zugleich die nicht ausgewählten Möglichkeiten präsent hielt<sup>35</sup>. Indessen wurde im Rahmen des Reiches und seiner relativ homogenen Rechtskultur der Fundus der potentiellen verfassungsrechtlichen Möglichkeiten, die das naturrechtliche Argumentieren eröffnete, lange Zeit bei weitem nicht ausgeschöpft. Der politische Horizont der Juristen und ihrer Dienstherren bestimmte vielmehr zunächst, welche argumentativen Folgerungen überhaupt in den Blick gerieten und welche nicht. Es bedurfte erst des Anstoßes von außen und einer neuen Konfliktkonstellation, um die revolutionäre Sprengkraft zu entdecken, die in der Logik der naturrechtlichen Argumentation angelegt war.

Die Leistung der naturrechtlichen „Sprache“ im Alten Reich – so meine These – lag nicht zuletzt darin, eine gemeinsame Verständigungsbasis für die politisch-juristische Elite zu schaffen und einen Standard politischen Argumentierens zu setzen, dem man sich nicht leicht entziehen konnte. Das war so lange kein Problem, wie man – nach einem treffenden Wort von Johann Wilhelm Archenholtz – „bey gewissen Ideen und Maximen [...] zum voraus schon ziemlich gewiß seyn konnte, mit einsichtsvollen Männern ganz gleichstimmig zu denken“<sup>36</sup>. Erst die Revolution zerstörte den Konsens über die Maßstäbe vernünftigen Argumentierens. Von den revolutionären Konsequenzen ihrer eigenen naturrechtlichen Logik zeigten sich viele Reichsjuristen gewissermaßen selbst überrascht. In der Folge wurde die naturrechtliche „Sprache“ von einem Element des gemeinsamen Habitus der Juristenelite zum Erkennungszeichen eines politischen Lagers. Gleichzeitig trennte sie sich unwiderruflich von der Historie: Seit Kant war klar, daß der staatliche Gründungsvertrag als Idee der Vernunft gar keiner historisch-empirischen Nachweisbarkeit bedurfte. Die französische Konstitution *und* die historische Ständeversammlung gleichermaßen „a priori zu demonstrieren“, das konnte nun niemand mehr so unbefangen tun wie zuvor.

<sup>35</sup> Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (Reinbek bei Hamburg 1972) Bd. I, 190 ff.

<sup>36</sup> Johann Wilhelm Archenholtz, Brief an Johann Joachim Eschenburg vom 22. 5. 1793, zitiert nach Michael Maurer, *Aufklärung und Anglophilie in Deutschland* (Göttingen 1987) 326.



Walter Demel

## Naturrecht und Gesetzgebung in mittleren deutschen Territorien

Aufgabenstellung, benützte Quellen und Darstellungen

„Naturrecht und Gesetzgebung“ soll im folgenden verstanden werden als die Frage nach dem Naturrecht *in* der Gesetzgebung mittelgroßer Reichsterritorien während der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Gefragt wird also, ob und inwieweit naturrechtliche Elemente in Einzelgesetzen und -verordnungen, vor allem aber in – teilweise relativ leicht greifbaren – Kompilationen, Kodifikationen bzw. Kodifikationsentwürfen nachweisbar sind<sup>1</sup>. Daß ich weder willens noch in der Lage war, Abertausende von Einzelverordnungen detailliert nach Spuren des Naturrechts zu durchforsten, wird man mir hoffentlich nachsehen. So werfe ich z.B. bei den badischen Verordnungen nur einen Blick auf das Generalreskript zur Aufhebung der Leibeigenschaft, habe ich mich dann aber bemüht, mir beim Durchblättern einiger Verordnungssammlungen – Heffners Sammlung der württembergischen Landesverordnungen, dreier Bände von Reyschers Sammlung der württembergischen Gesetze sowie Schaffraths Codex Saxonicus – auch für diese Territorien einen diesbezüglichen, wenngleich sicherlich notgedrungen oberflächlichen Einblick zu verschaffen. Freilich haben die beiden zuletzt genannten Werke, v.a. dasjenige von Schaffrath, den Nachteil, nur noch die in den 1830er bzw. 1840er Jahren relevanten Bestimmungen zu enthalten. Anschließend möchte ich die bereits von Barbara Dölemeyer vergleichend behandelten erfolglosen Bemühungen um neue Landrechte in Hessen-Darmstadt, Hessen-Kassel, Baden, Hannover, Mecklenburg-Schwerin und Sachsen<sup>2</sup> erneut zur Sprache bringen, um mich abschließend dem schon mehrfach untersuchten Gesetzeswerk des bayerischen Kanzlers Kreittmayr sowie dem von Alfred Sagstetter analysierten bambergerischen Strafgesetzbuch von 1795 zuzuwenden. Damit sind zwar nicht alle

<sup>1</sup> Vgl. – wenn auch mit einem etwas traditionalistischen Ansatz – Peter Krause, Vernunftrecht und Rechtsreform, in: *ders.* (Hrsg.), Vernunftrecht und Rechtsreform (Aufklärung Jg. 3/2, 1988) 3–6, 3: „Vernunftrecht kommt primär auf die Weise der Rechtsreform zum Ausdruck.“ Vgl. *ders.*, Naturrecht und Kodifikation, in: ebd. 7–28.

<sup>2</sup> Barbara Dölemeyer, Kodifikationspläne in deutschen Territorien des 18. Jahrhunderts, in: *dies.* u. Diethelm Klippel (Hrsg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit (ZHF Beih. 22, Berlin 1998) 201–223.

„mittelgroßen Reichsterritorien“ – ohnehin keine sehr präzise Kategorie – angesprochen (denn z.B. Salzburg und Münster fehlen), aber doch die meisten von ihnen<sup>3</sup>.

## 1. Der Kontrastfall: Gesetzgebung im Fürstbistum Osnabrück

Zunächst aber ein Exkurs zur Gesetzgebung im Fürstbistum Osnabrück. Der hier jahrzehntelang politisch dominierenden Persönlichkeit, dem Staatsmann, Ständevertreter, Publizisten und Historiker Justus Möser (1720-1794) ging es als Gegner des Aufgeklärten Absolutismus um den Erhalt bzw. die neuerliche Stärkung ständischer Traditionen, und zwar nicht nur gegen die egalitären Tendenzen des neuen, sondern schon gegen die Lehren des älteren deutschen Naturrechts. So formte er die naturrechtliche Idee vom Staatsvertrag dahingehend um, daß nicht „Menschen“ oder wenigstens „Häuser“ den Vertrag schlossen, sondern ausschließlich die bevorrechtete Gruppe der Landeigentümer. Statt einen mit Legislativgewalt ausgestatteten Einheitsstaat und eine einheitliche bürgerliche Gesellschaft wünschte sich Möser eine ständische Gesellschaft mit entsprechenden Autonomien. Statt von Menschenrechten sprach er von standesspezifischen Ehren, statt für eine parlamentarische Repräsentation plädierte er für eine direkte Demokratie der Standesgenossen, anstelle der Vernunft als Quelle allgemeiner Rechtsätze empfahl er als wichtigste Rechtsquelle den freien Spruch des ebenbürtigen Richters, wobei dieser freilich auf die Aussprüche älterer Autoritäten verweisen mochte<sup>4</sup>. Auch seine praktische Gesetzgebungstätigkeit zielte nicht auf die Herstellung größerer Rechtsgleichheit, sondern verstärkte im Gegenteil die rechtliche Ungleichheit – sogar jene unter Geschwistern: So wurde durch entsprechende Gesetze 1767 bzw. 1779 das bäuerliche Anerbenrecht im Fürstbistum eingeschränkt bzw. – zuungunsten der Ansprüche der Brüder und Schwestern des Hoferben – verschärft, und 1778 wurden die Aussteuern adeliger Töchter für die Zukunft reduziert<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vgl. Walter Demel, Der aufgeklärte Absolutismus in mittleren und kleinen deutschen Territorien, in: Helmut Reinalter u. Harm Kluiting (Hrsg.), Der aufgeklärte Absolutismus im europäischen Vergleich (Wien u. a. 2002) 69–112.

<sup>4</sup> Jan Schröder, Justus Möser als Jurist. Zur Staats- und Rechtslehre in den Patriotischen Phantasien und in der Osnabrückischen Geschichte (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 5, Köln u. a. 1986) bes. 12, 29 f., 39, 56 ff.; Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft n.F. 23, Paderborn 1976) 96 mit Anm. 17.

<sup>5</sup> William Sheldon, Patriotismus bei Justus Möser, in: Rudolf Vierhaus (Hrsg.), Deutsche patriotische und gemeinnützige Gesellschaften (Wolfenbütteler Forschungen 8, München 1980) 31–49, hier 42 f.

## 2. Das Generalreskript zur Aufhebung der Leibeigenschaft in Baden

Als ein großer Schritt in Richtung naturrechtlicher Freiheit und Gleichheit erscheint dagegen das Generalreskript zur Aufhebung der Leibeigenschaft, das der badische Markgraf Karl Friedrich 1783 erließ. Ob sein Entstehungsgrund jedoch wirklich in diesem Zusammenhang zu sehen ist, ist sehr zweifelhaft. Soweit wir wissen, verdankt sich das Dekret der Initiative des Markgrafen selbst. Dabei mag das Vorbild Kaiser Josephs II., der ab 1781 die Leibeigenschaft in seinen Landen beseitigt hatte, eine Rolle gespielt haben – denn die vorderösterreichischen Gebiete grenzten teilweise an die badischen, und die badischen Untertanen dürften die Vorgänge jenseits der Grenze aufmerksam verfolgt haben. Indessen sprach das Reskript einleitend generell davon, der langersehnte Zeitpunkt sei gekommen, „der Uns in den Stand setzt, in Unserer Staats- und Finanzverfassung verschiedene Einrichtungen zu treffen, welche Unsere liebe Untertanen von allzu beschwerlichen Auflagen befreien.“ Damit waren – entschädigungslos – die Leibeigenschaftsabgaben gemeint, aber auch Abzugsgelder für einen Umzug innerhalb der nunmehr vereinigten badischen Markgrafschaften. Sollte aber ein Untertan sich erfreuen, Baden ohne landesherrliche Bewilligung zu verlassen oder in fremde Kriegsdienste zu treten, sollten „alle bisherige Folgen der Leibeigenschaft stattfinden und vollzogen werden“ – natürlich nur, sofern man des Betreffenden habhaft wurde. Es handelte sich mithin um eine Maßnahme, die ein relativ sparsamer Landesvater in einem der wenigen schuldenfreien Reichsterritorien traf<sup>6</sup>, in der ausdrücklichen Erwartung, die nunmehr befreiten Untertanen würden in Zukunft „zu dem Wohlstand des Landes alles, was an ihnen liegt, mit verdoppelten Kräften beitragen“<sup>7</sup>.

Dieses hier anklingende physiokratische Motiv wird noch näher ausgeführt in Karl Friedrichs – gedruckter – „Antwort auf die Danksagungen des Landes nach Aufhebung der Leibeigenschaft“, in der der Markgraf nicht nur seine feste Überzeugung von der Identität von Regentenwohl und Landeswohl zum Ausdruck brachte, sondern seinen Untertanen geradezu eine Kurzfassung seiner physiokratischen Einsichten zu vermitteln suchte. Auch wenn er ausrief: „Hier ist also nur eine große Familie, deren Glieder zu einem gemeinen Endzweck verbunden sind“<sup>8</sup>, lag dies noch auf der Linie der Physiokratie, von der man sicherlich gerade mit Blick auf Karl Friedrichs Mitarbeiter Schlettwein behaupten kann, daß sie einen Beitrag zur Umgestaltung der deutschen Naturrechtslehre und zur Ent-

<sup>6</sup> Hans-Peter Ullmann, Staatsschulden und Reformpolitik. Die Entstehung moderner öffentlicher Schulden in Bayern und Baden 1780–1820, 2 Tle. (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 82, Göttingen 1986) Tl. 1, 241.

<sup>7</sup> Abdruck des Generalreskripts v. 23. 7. 1783 in: Helmut Neuhaus, Zeitalter des Absolutismus 1648–1789 (Deutsche Geschichte in Quellen und Darstellung 5, Stuttgart 1997) 435–437, zit. 435, 436, 437.

<sup>8</sup> (Karl Friedrich v. Baden), Meine Antwort auf die Danksagungen des Landes nach Aufhebung der Leibeigenschaft (Carlsruhe 1783) zit. 2.

wicklung einer liberalen politischen Theorie in Deutschland geleistet hat<sup>9</sup>. Gleichzeitig aber klingen bei Karl Friedrich ganz andere Töne an, wenn er allgemein von „Freiheit“ spricht. Freiheit, so der Markgraf, sei nämlich nichts anderes „als der freye Genuß unseres Eigenthums unter dem Schutz der Geseze. Es ist also keine Freyheit ohne Geseze, welche den Boshaften einschränkt, wenn er schaden ... will.“ Das ist noch im Sinne des älteren deutschen Naturrechts gedacht. Aber die Argumentation nimmt schon mit dem „Boshaften“ eine Wendung ins Religiöse, die im Folgenden weiter vertieft wird: „Die Freyheit kann also nur für den guten Menschen seyn ... Wer Geseze, Ordnung, Tugend und Religion liebt und zur Richtschnur nimmt, der ist frey! ... er fesselt seinen Nächsten mit Banden der Liebe und des Vertrauens, er fühlt seinen Werth, seine Würde, als Mensch, als Christ, als Patriot.“ Schließlich wünschte sich der Fürst, wie er gleich zweimal sagte, von Herzen ein „freyes, opulentes, gesittetes, christliches Volk“, und er wollte es nach seinem Tode an „Wohlstand, Sittlichkeit und Tugend“ gewachsen zurücklassen. Am wichtigsten war ihm dabei die Tugend. „Seid lieber tugendhaft und arm, als lasterhaft und reich. Erzieht eure Kinder zur Tugend ... es ist hohe Pflicht; Gott forderts von euch“, rief er seinen Landeskindern zu, erinnerte sie an die Lehre Christi, „des ersten, größten Sittenlehrers“, an die für die schwachen Menschen so unverzichtbare „Stärke der Religion, ... der die ganze Natur untergeordnet ist“ und appellierte an deren Lehrer, „aus Natur und Offenbarung den geoffenbahrten Willen Gottes darzustellen“ und ihre eigenen Herzen rühren zu lassen. Wenn Karl Friedrich dabei auf sein eigenes Ableben vorausblickte und von seiner Herrschaft unter Gottes Segen, „jedoch nicht ohne Leiden, Schmerz und Betrübniß“ sprach, so hatte er dazu einen aktuellen Anlaß. Seine geliebte Frau Karoline, die „hessische Minerva“, ohne die der anfangs eher ungelenke Markgraf vermutlich nie zum populären Musterbild eines aufgeklärt-absolutistischen Fürsten aufgestiegen wäre, war gerade erst von ihm gegangen. Wir wissen nicht, welche Motive ihn letztlich bestimmten, die Leibeigenschaft aufzuheben. Aber so sehr er damit den Beifall gerade auch seiner Zeitgenossen aus der jüngeren Naturrechtsschule fand, legen seine eigenen Ausführungen nahe, daß ihn, den von einer Großmutter streng pietistisch erzogenen Landesvater, der Wunsch leitete, nach dem Tode seiner Gemahlin ein frommes Werk zu tun<sup>10</sup>.

### 3. Wohlmeinende Gängelung der Würzburger Untertanen

Im katholischen Fürstbistum Würzburg blieb (wie außer in Österreich und Baden in allen Reichsterritorien) die Institution Leibeigenschaft dagegen vorerst erhalten, widersprach sie doch auch erst dem ab 1780 aufkommenden neueren, nicht aber

<sup>9</sup> *Diethelm Klippel*, Der Einfluß der Physiokratie auf die Entwicklung der liberalen politischen Theorie in Deutschland, in: *Der Staat* 23 (1984) 205–226, hier bes. 210–213, 220.

<sup>10</sup> (*Karl Friedrich v. Baden*), Antwort, zit. 6, 7, 6. Zur Person des Fürsten demnächst knapp: *Walter Demel*, Karl (bzw. Carl) Friedrich, in: *Helmut Reinalter* (Hrsg.), *Lexikon des aufgeklärten Absolutismus* (Wien 2006) mit weiterer Literatur.

dem älteren Naturrecht<sup>11</sup>. Von ihr mußte man sich loskaufen, wenn man hoffen wollte, eine Emigrationserlaubnis zu bekommen, die ein Auswanderungswilliger brauchte, denn Freizügigkeit selbst nur innerhalb des Reichs wurde in Würzburg nicht gewährt. Im Gegenteil hieß es in einer der gegen unerlaubte Emigration erlassenen Verordnungen, daß es „in des Untertanen freyer Willkühr keineswegs stehet, sich dem seiner höchsten Landesherrschaft schuldigen Gehorsam eignen Gefallens zu entziehen“. Vielmehr sei es Aufgabe des fürstbischöflichen Amtes, „dergleichen ihrem eigenen Verderben unter der Hoffnung eines sehr zweifelhaften Glücks zulaufende Landesinwohner auch wider ihren Willen zurückzuhalten“, und zwar unter Androhung drastischer Strafen<sup>12</sup>! In den oft in beherrschendem Ton gehaltenen Würzburger Verordnungen war überhaupt viel die Rede von landesväterlichen Bemühungen. Von „bürgerlicher“ oder „natürlicher Freiheit“ der Untertanen habe ich dagegen nichts gefunden, jedenfalls tauchen diese Begriffe im Register der Verordnungssammlung ebenso wenig auf wie „Menschenrechte“ – im Gegensatz zu „Menschenräuber“. „Freyheit“ erscheint lediglich im Sinne von Privileg, konkret Steuer- oder Zollbefreiungen. Dementsprechend reiht sich in den einzelnen Verordnungen Verbot an Verbot. Erlassen wurde beispielsweise ein allgemeines öffentliches Rauch- ebenso wie Badeverbot, ein generelles Spielverbot für Juden, aber in Wirtshäusern auch für Studenten – vielfach mit der wohlmeinenden Begründung, die guten Sitten oder den Wohlstand der Untertanen erhalten zu müssen. Immerhin wurde ein einfacher Ehebruch nunmehr zu den „geringen“ Delikten gerechnet. Im allgemeinen aber herrschte bis zum Ende der fürstbischöflichen Zeit erkennbar das Prinzip der wohlmeinenden Gängelung durch eine patriarchalisch denkende Regierung vor, die soweit ging, Eheversprechen nur dann als rechtsgültig anzuerkennen, wenn diese vormittags gegeben worden waren<sup>13</sup>.

#### 4. Württemberg: Gesetzgebung und Naturrecht im Konfliktfeld zwischen Landesherren und Landständen

Nicht viel anders ist der Tenor der württembergischen Gesetze und Verordnungen gehalten: „So angenehm es Unserm Landes=Väterlichen zärtlichen Herzen ist, Unsere liebe und getreue Untertanen glücklich zu machen“, heißt es in einem Generalreskript Herzog Carl Eugens gegen die fremden Werber, „so theuer ist Uns die Regenten=Pflicht, sie vor Nachtheil und Gefahr zu verwahren“<sup>14</sup>. Wenn

<sup>11</sup> Klippel, Politische Freiheit (wie Anm. 5) 37f., 118f., 128. Ob dies nach dem älteren Naturrecht, speziell nach Wolff, auch für die Sklaverei und nicht nur für die „persönliche Knechtschaft“ gilt, hat Peter Krause, Naturrecht und Kodifikation (wie Anm. 1) 8f. in Frage gestellt.

<sup>12</sup> VO v. 10. 2. 1764, in: Philipp Franz Heffner (Hrsg.), Sammlung der hochfürstlich-würzburgischen (später: Würzburgischen) Landesverordnungen, 3 Tle., Würzburg 1776–1801, hier Tl. 1, 799f., zit. 799.

<sup>13</sup> Vgl. etwa ebd. Tl. 2, 107, 126, 277f., 311, 405f., 602f., 846.

<sup>14</sup> August Ludwig Reyscher (Hrsg.), Vollständige, historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze, 19 Bde. in 29 Teilen, Stuttgart u. a. bzw. Tübingen

die Stände auf die „der Landschaft, dem Land und Unterthanen, zukommende Freyheiten“ pochten und diese – namentlich im Erbvergleich von 1770 – bis 1798 auch immer wieder durchzusetzen wußten, so waren damit meist alte, größtenteils schon auf den Tübinger Vertrag von 1514 zurückgehende ständische Privilegien gemeint. Allerdings zählte schon seit dieser Zeit zu den Rechten jeden Württembergers das Recht zur Auswanderung, sofern er dies nur seinem vorgesetzten Beamten anzeigte, seine Schulden zahlte und versprach, binnen Jahresfrist nichts gegen den Landesherrn oder das Land zu unternehmen und laufende Prozesse zu Ende zu führen<sup>15</sup>. Dieses Recht zum freien Abzug, das also mit dem Naturrecht nichts zu tun hatte<sup>16</sup>, umfaßte auch „die unentgeltliche Erlaßung der Leibeigenschaft“, wie Herzog Ludwig Eugen 1794 auf Betreiben der Stände konstatierte, als sich herausgestellt hatte, daß das Kloster Murrhardt seit langem gewohnt war, gerade von fortgezogenen Leibeigenen ein Manumissionsgeld zu erheben. Diese Praxis könne ein auf „feierliche Verträge zwischen Herrn und Land sich gründendes Recht der Unterthanen“ nicht aufheben, befanden Herzog und Stände übereinstimmend, solche Gebühren seien jedoch ohne weiteres erhebbar, wenn der Leibeigene *innerhalb* Württembergs umzöge<sup>17</sup>. Auch der neue Herzog Friedrich II., der gerade erst alle Landesgrundgesetze inklusive aller darin enthaltenen „Freiheiten“ feierlich beschworen hatte, bestätigte 1798, Auswanderungswilligen „keine weiteren Schwierigkeiten in den Weg“ legen zu wollen, wenn sie sich ihrer sonstigen finanziellen Verpflichtungen entledigt hatten – selbst dann nicht, wenn sie die gutgemeinten Warnungen der Beamten in den Wind schlugen. Werbung zur Emigration wurde allerdings bald erneut verboten<sup>18</sup>.

Im Eherecht, wo sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts mitunter naturrechtliche Ansätze nachweisen lassen, bei denen der spätabolutistische Staat die Ehe „gewissermaßen verstaatlichte“<sup>19</sup>, erfolgten in Württemberg nur vorsich-

1828–1851, hier zit. Generalreskript v. 18. 11. 1778, in: ebd. Bd. 14, 937. Vgl. z.B. das durchgängige Verbot aller Hazardspiele v. 25. 11. 1793 als für die „Wohlfahrt und Sittlichkeit“ der Untertanen schädlich, ebd. Bd. 14, 1087.

<sup>15</sup> „Erb=Vergleich zwischen Herzog Karl Eugen und den Ständen, die Wiederherstellung der Landes=Verfassung betr.“ v. 27. 2./2. 3. 1770, Ad. Grav. IX: „Von der Unterthanen freyem Zug“, §§ 1, 2, in: *Reyscher* (Hrsg.), Sammlung, Bd. 2, 564 f.

<sup>16</sup> Vgl. schon die Beobachtung von *Klippel*, Freiheit 102 f.

<sup>17</sup> „Herzog Ludwig Eugens Signatur an den landschaftlichen größern Ausschuß, den freyen Zug der Kloster=Leibeigenen betr.“ v. 10.12.1794, in: *Reyscher*, Sammlung, Bd. 2, 626 f., zit. 626, 627; Herzog Friedrichs II. Bestätigung der Landes=Verfassung v. 24. 12. 1797, ebd. 628–633.

<sup>18</sup> Generalreskript v. 13.2.1798 bzw. 29.5.1804, ebd. Bd. 14, 1138 f. bzw. 1238.

<sup>19</sup> *Martin Fuhrmann*, Bevölkerungs- und Ehepolitik in der deutschen politischen und ökonomischen Theorie. Aufgeklärter Absolutismus und Frühliberalismus (ca. 1750 – ca. 1820), in: *Diethelm Klippel* (Hrsg.), Legitimation, Kritik und Reform. Naturrecht und Staat in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert (ZNR 22, 2000) 31–51, hier zit. 41, untersucht allerdings nur die Diskussion unter Gelehrten – bei denen er um 1790 eine „liberale Wende in der Bevölkerungspolitik“ (ebd. 42) ausmacht – nicht den Gang der Gesetzgebung. In letzterem Zusammenhang ist außer an das josephinische Ehepatent vornehmlich an das bayerische Sponsalienmandat Osterwalds von 1769 zu denken, das freilich nur das Verlobungsrecht, sozusagen das Vorfeld des Eherechts, betraf.

tige Schritte in dieser Richtung. In den Jahren 1784–86 diskutierte man im herzoglichen Ehegericht erstmals, ob man nicht nach dem Vorbild anderer protestantischer Territorien bestimmte Stellen des Alten Testaments, aus denen Eheverbote, z.B. eine Heirat mit der Schwester der verstorbenen Ehefrau, abgeleitet wurden, etwas großzügiger auslegen wollte. Da sich aber die Mehrheit dieses Gremiums wie auch des Konsistoriums dagegen aussprach, wurde die Sache zu den Akten gelegt. Dabei hatte die Tübinger theologische Fakultät jedoch bemerkt, Gott habe diese Eheverbote zwar zu Naturgesetzen, aber nicht allesamt zu absoluten Naturgesetzen erklärt. Wie von Christoph Link mit Blick auf Cocceji erläutert, hätte diese Reduktion des *ius divinum* auf das *ius naturale* dem Gesetzgeber gerade im Ehe- und Scheidungsrecht eine größere Gestaltungsfreiheit eingeräumt<sup>20</sup>. Da sich in Württemberg am Ende des Jahrhunderts die Meinungslage ebenfalls veränderte, griff der Referent des Ehegerichts Reischach die Sache 1796 wieder auf und bemühte sich, in gewissen Fällen wenigstens einen landesherrlichen Dispens zu ermöglichen. Ob die Mosaischen Eheverbote auch noch gegenwärtig für so verbindlich gehalten würden, daß Dispense ausgeschlossen seien, beantwortete sich seiner Ansicht nach je nachdem, ob man die Bestimmungen der Bibel als ein geoffenbartes „System“ ansah oder – zumindest teilweise – als Produkte historischer Gegebenheiten. Reischach selbst betrachtete als Grundlage einiger Verbote lediglich die „ehemalige Verfassung der Hebräer ... , keineswegs aber ein allgemeines Naturgesetz“. Er warnte jedoch davor, die religiösen Überzeugungen der Bevölkerung zu verletzen. Zwar möchte „im Grunde gegen das Moralisieren weltlicher Gesetzgeber manches zu erinnern sein, wenn erst von einem zu entwerfenden Gesetzbuche, und nicht von einer bereits bestehenden Gesetzgebung die Rede wäre, und wenn nicht das Volk bereits zu sehr gewöhnt wäre, auch in Rücksicht auf sein moralisches Verhalten am Gängelband politischer Gesetze geführt zu werden.“ Aber noch sei es unbestimmt, „was die merkwürdige Krisis, welche die kritische Philosophie und die freieren Untersuchungen der bisherigen Religionssysteme hervorgebracht haben, für einen Ausgang nehmen wird.“ Überdies komme man ohne Verletzung der Landesverfassung nicht umhin, eine solche Änderung des Eherechts mit dem landschaftlichen Engeren Ausschuß abzustimmen, da die Indispensabilität gewisser Eheverbote in der Ehegerichtsordnung gesetzlich festgelegt sei<sup>21</sup>.

So erklärte der Geheime Rat dem Ausschuß, daß beabsichtigt sei, „blos in Ansehung der von Moses nicht genannten, allein durch menschliche Auslegung und weltliche Gesetzgebung verbotenen Fälle, eine die bürgerliche Freyheit weniger

<sup>20</sup> Christoph Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre* (Wiener rechtsgeschichtliche Arbeiten 12, Wien u.a. 1979) 280 ff., bes. 284 f. In einem späteren Gutachten führte die Fakultät aus, das Mosaische Gesetz habe zwar für Christen nicht die Kraft eines positiven Gesetzes, beruhe aber „auf solchen Grundsätzen der Sittlichkeit ... , daß man nicht davon abgehen könne“. Zit. nach dem Gegengutachten der Regierung und des Ehegerichts v. 1. 6. 1797, in: *Reyscher* (Hrsg.), *Sammlung*, Bd. 6, 733 f.

<sup>21</sup> Anbringen des herzoglichen Ehegerichts v. 24. 10. 1796, in: *Reyscher* (Hrsg.), *Sammlung*, Bd. 6, 715–732, zit. 726 f., 721 f.

einschränkende Abänderung“ zu treffen. Das galt jedenfalls für zehn der elf angesprochenen Verbotsfälle, nicht allerdings für den Fall der Eheschließung mit der Witwe eines Bruders, den Moses ausdrücklich verboten hatte, ohne ihn mit der Todesstrafe zu ahnden. Die Stände machten in diesem Punkt jedoch keine Schwierigkeiten, sondern zeigten sich – äußerlich betrachtet – sogar als viel moderner als die Regierung. Nach Ansicht des Ausschusses und des dahinterstehenden Reformlandtags besaßen nämlich nicht nur die Mosaischen Ehegesetze keinerlei Verbindlichkeit, sondern es gab auch weder im Naturrecht noch in der Moral Gründe, die gewichtig genug wären, „um den Gründen gegen jede unnütze Beschränkung der natürlichen Freiheit das Übergewicht zu geben“. Deshalb sei „eine allgemeine Gestattung der in Frage stehenden Ehen einer bloßen Anerkennung der Dispensabilität derselben in ihren Augen weit vorzuziehen“. Es sei doch Unsinn, ein „Verbot, das sich auf einen Wahn gründet, fort dauern zu lassen, um es in jedem vorkommenden Falle aufzuheben“. Andernfalls aber mache man „das Schicksal der Ehelustigen ganz von der Willkür derjenigen, die über die Erheblichkeit der eintretenden besonderen Umstände zu erkennen haben ... abhängig“. Den Glauben an die Offenbarung sahen die Stände nicht in Gefahr, denn der hätte mit den bürgerlichen Gesetzen der Juden nichts zu tun, und nichts spräche dagegen, „die Täuschung aufzugeben, und das Volk durch vernünftige Belehrung zurechtzuweisen“. Schließlich erlaubten auch andere Länder Ehen, die bislang in Württemberg als „Blutschande“ galten. Dispense würden hingegen das Volk verunsichern und vermehrten noch das Übel kostspieliger Supplikationen und Gutachten. Die Aussicht auf Dispensstaxen, so der Ausschuß, könne die herzogliche Politik doch wohl nicht leiten, auch wenn diese inzwischen „zu einer bedeutenden und zum Theil ganz willkürlichen Größe angewachsen“ seien. Sollte der Herzog jedoch auf einer Dispensmöglichkeit bestehen, könnten sich die Stände damit abfinden, sofern er auf Taxen verzichten würde. Im übrigen aber sei die gesamte Eheordnung aus dem Jahre 1687 total revisionsbedürftig, z.B. hinsichtlich der harten Strafen für außerehelichen Geschlechtsverkehr, der „Zwangs=Mittel gegen den Ehegatten, der die eheliche Beywohnung verweigert“ und andere Punkte mehr<sup>22</sup>.

Das war nun eine Wendung ins Politische, die der Staatsführung überhaupt nicht behagte. Der Herzog, so versicherte der Geheime Rat, halte die Eheverbote als Stützen der Moral doch für sinnvoll und denke nicht daran, zu häufig und ohne sorgfältigste Prüfung Dispense zu erteilen, aber ebensowenig daran, sein Taxrecht einschränken zu lassen. Da eine „alle denckbaren Fälle bestimmt umfassende Gesezgebung wohl immer ein nicht zu lösendes Problem bleiben“ werde, müsse man doch schließlich auch in anderen Fällen „dem vernünftigen Ermeßen des Richters stets vieles überlaßen.“ Natürlich werde man sich um eine umfassende Reform der Ehegesetzgebung bemühen, aber mit Blick auf die anstehenden Entscheidungen sollten die Stände jetzt erst einmal dem Plan der Regierung be-

<sup>22</sup> Dekret des Geheimen Rats an den Landschaftlichen Engeren Ausschuß v. 26./27. 6. 1797, ebd. 737–739, zit. 738; Erklärung des Landschaftlichen Engeren Ausschusses v. 4. 8. 1797, ebd. 739–747, zit. 741, 742, 743, 744.

dingungslos zustimmen. Ein Gutachten des Ehegerichts rechnete nämlich mit jahrelangen Kodifikationsarbeiten – und dies, obwohl es die Kritik des Ausschusses an der geltenden Ordnung für stark übertrieben hielt<sup>23</sup>.

Die Stände gaben sich jedoch nicht geschlagen. Wieder argumentierten sie mit der bürgerlichen Freiheit, die ein allgemeines Aufhebungsgesetz, nicht ein bloßes Dispensrecht erfordere, das, ähnlich wie das fürstliche Begnadigungsrecht, in der Kritik stünde, weil es das Gesetz aushöhle. Wenn die Regierung mit den in Einzelfällen vorliegenden „erheblichen Ursachen“ argumentiere, möge sie doch gefälligst erklären, was sie damit meine, denn schließlich, so deutete der Ausschuß an, könnten bei einem Entscheidungsträger auch einmal unlautere Motive im Spiel sein. Im übrigen könne ohne Zustimmung der Stände kein Gesetz aufgehoben werden, aber diese seien gerne bereit, allgemeine Normen für die Dispenserteilung zu suchen. Die Bemerkungen der Regierung zu den Taxen aber erfüllten sie „mit wehmütigen Empfindungen“ in einer schweren Zeit, in der das Land glaubte, auf eine Erleichterung der drückenden Abgabenlast hoffen zu dürfen. Der Hinweis, der Herzog lasse sich sein landesherrliches Recht, Taxen zu erheben, nicht beschränken, erwecke die Befürchtung, „das wichtigste von allen so theuer erworbenen Rechten des Wirtenbergers, das Recht keine Abgaben zu bezahlen, als die er selbst durch seine Repräsentanten bewilliget hat, möge hiebei Gefahr laufen“. Nach dem Erbvergleich von 1770 sei eine einseitige Ausdehnung des Taxwesens jedenfalls verfassungswidrig<sup>24</sup>!

Zugespitzt gesagt, hatte sich bis dahin in der Diskussion das *ius naturae* gegenüber dem *ius divinum positivum* durchgesetzt bzw. letzteres aufgesogen. Denn nur noch die Tübinger Theologen und eine Minderheit des Ehegerichts glaubten daran, daß sämtliche der traditionell auf das Alte Testament gestützten Eheverbote naturrechtsgemäß seien und – soweit sie es als absolutes Naturrecht interpretierten – deshalb auch nicht durch das Dispensrecht einer weltlichen Obrigkeit sozusagen durchlöchert werden dürften. Dann aber gerieten das Dispensrecht und das damit verbundene Taxrecht selbst in die Kritik. Im politischen Kräftemessen mit der Landesherrschaft diente der Hinweis auf die „bürgerliche“ bzw. „natürliche“ Freiheit den Ständen als Argument, um den Ermessensspielraum der Regierung möglichst einzuschränken und gleichzeitig eine von der ständischen Zustimmung unabhängige Ausweitung des Besteuerungsrechts (im weiteren Sinne) zu unterbinden. War das nicht fast liberal?

Zweifel sind erlaubt. Nicht nur, weil der Landtag in seiner Zusammensetzung eben traditionelle altständische Strukturen und nicht konstitutionelle Verhältnisse im Sinne des 19. Jahrhunderts widerspiegelte und die „natürliche“ bzw. „bürger-

<sup>23</sup> Dekret des Geheimen Rats an den Landschaftlichen Engeren Ausschuß v. 16. 9. 1797, ebd. S. 747–750, zit. 748.

<sup>24</sup> Vgl. Erbvergleich v. 27. 2./2. 3. 1770, ad Grav. V et VII, § 2: „Für das künftige aber werden Ihre Herzogl: Durchlaucht von aller Ausschreibung aller von treuehorsamsten Prälaten und Landschafft unterthänigst nicht bewilligten Steuern [sic!] und Anlagen, so wol in Kriegs= als Friedens Zeiten, gnädigst abstehen ...“. In: *Reyscher* (Hrsg.), Sammlung, Bd. 2, 560.

liche Freiheit“ wohl lediglich als zeitgenössische Schlagworte verwendete. Zudem besaß auch das Streitthema selbst, nämlich die Frage der Erlaubtheit von Heiraten unter Verwandten bzw. Verschwägerten, gerade in Württemberg eine besondere Bedeutung, bei der die restriktive Einstellung der Regierung aus der Sicht der heutigen Konkurrenzgesellschaft eher als die modernere erscheint (eine freilich sehr subjektive Einschätzung!). Jedenfalls zeigte sich gerade hier seit der Mitte des Jahrhunderts eine massive Tendenz, Ehepartner und Taufpaten viel häufiger als früher nach Vermögens- und Verwandtschaftskriterien auszusuchen. Vor allem die Heiraten von Cousins und Cousinen verbreiteten sich rasch<sup>25</sup>. Diese um sich greifende „Vetterleswirtschaft“ hatte schon vor 1798 mehrere Verordnungen veranlaßt, die verhindern sollten, daß nah verwandte oder verschwägte Personen ein Netz von Amtsträgern am selben Ort oder im selben Amtsbezirk bildeten. Funktionierende Netzwerke dieser Art konnten nämlich die Durchsetzung des landesherrlichen Willens hintertreiben.

In diesem Kontext ist es wohl zu sehen, daß die Herzöge die alten Eheverbote nicht abschaffen, sich aber für bestimmte Fälle eine Dispensmöglichkeit vorbehalten wollten. Jedenfalls fackelte der äußerst durchsetzungsfähige neue Herzog Friedrich II., der spätere erste württembergische König, nicht lange: Er bezeichnete die Stellungnahmen der Stände als widersprüchlich, verwies auf die Untertanen, die „schon seit mehreren Jahren nach der Erlangung einer Dispensation seufzen“ und erklärte seine Entschlossenheit, die Gesetzesvorlage der Vorgängerregierung in Kraft zu setzen – samt einer Erhöhung der Dispensgebühren für die neuen Fälle „nur um *einen* Goldgulden über den Geschwisterkindtax, als welches bißher der höchste dispensable Fall bey Ehe=Verboten war!“.

Der Landtag bedauerte zutiefst, daß der Herzog „gnädigst nicht gefällig“ gewesen sei, sich „durch Gegen=Gründe belehren zu lassen“. Aber er willigte, wenngleich unter Vorbehalt aller Rechte des Landes und „unter der feierlichsten Verwahrung de non praejudicando ein, daß bis zu der bald möglichst zu erwartenden allgemeinen Revision der Matrimonial-Gesetz-Gebung die Gestaltlung der Ehen in den Eilf angeführten Fällen blos dispensationsweise geschehe, und daß bis zur Revision der Tax=Ordnung provisorie auch von diesen Dispensationen ein Tax eingezogen“ werde. Er tat dies nach eigenen Angaben teils, um die betreffenden Untertanen nicht länger leiden zu lassen, teils in der Hoffnung auf eine in Aussicht gestellte Revision der Taxordnung. *Nur äußerte er noch sein Unverständnis über die geplante Erhöhung der Taxe – und dies scheint der einzige Punkt gewe-*

<sup>25</sup> David Warren Sabean, From Social Background to Vetterleswirtschaft: Kinship in Neckarhausen, in: Rudolf Vierhaus u. a. (Hrsg.), Frühe Neuzeit – Frühe Moderne? Forschungen zur Vielschichtigkeit von Übergangsprozessen (Göttingen 1992) 113–132, erklärt diese um 1750 zunächst beim Dorfpatriziat einsetzende Familien- und Schichtenintegration mit dem Wunsch, durch Kooperation die Folgen von Realteilung und Bodenmobilisierung zu mildern. Vgl. ders., Kinship in Neckarhausen 1700–1870 (Cambridge u.a. 1998) 208–255; Hans Medick, Von der Bürgerherrschaft zur staatsbürgerlichen Gesellschaft. Württemberg zwischen Ancien régime und Vormärz, in: Lutz Niethammer u. a. (Hrsg.), Bürgerliche Gesellschaft in Deutschland (Frankfurt a.M. 1990) bes. 55–61.

sen zu sein, in dem der Herzog am Ende nachgab<sup>26</sup>. Der Autokrat Friedrich hatte also gegenüber seinen Landständen seinen gesetzgeberischen Monopolanspruch demonstriert und im Grunde bereits die Verfassung gebrochen<sup>27</sup>.

Dabei gedachten weder Friedrich noch sein Vorgänger Karl Eugen, die Freiheit ihrer Untertanen allzuweit auszudehnen. Letzterer erließ 1791 eine Zensurverordnung, die nicht das geringste „wider die Religion, Moralität, Staats=Verfassung, gute Sitten und allgemeinen Wohlstand“ dulden wollte. Zwar dürfe „jeder am gehörigen Ort seine Meynung über Religion und Staats=Verfassung der öffentlichen Beurtheilung und Prüfung anderer in Schriften vorlegen ... inmaassen Wir dem Forschungs=Geist, welcher zur wahren Aufklärung den Weg bahnt, auf keine Weise einiges Hinderniß in den Weg zu legen ... gemeynt sind“. Doch habe dies in bescheidenem und würdigem Ton zu geschehen, und „wahre Aufklärung“ – ein kontroverses Thema der Zeit – erfordere eben, „alle anstössige Urtheile und untaugliche Stellen“ zu streichen aus den politischen Journalen, welche „so großen Einfluß auf die Denkgungs=Art der ungebildeten und zahlreichen Claße Unserer lieben und getreuen Unterthanen“ hätten. Um „schädlichen Mißbrauch der Preßfreiheit“ zu verhindern, wollte Karl Eugen immerhin lediglich, daß die Zensoren die einschlägigen Stellen monierten, nicht aber daß sie sie selbst veränderten, während Friedrich 1803 für Neuwürttemberg – wo er frei schalten und walten konnte – anordnete, daß sogar die Drucker einer nicht autorisierten Schrift mit 10 Talern Geld-, im Wiederholungsfall mit Leibstrafe zu belangen seien<sup>28</sup>. Dabei entsprach im übrigen die Beibehaltung der traditionellen Strafarten wie auch der Folter der Bezugnahme des Erbvergleichs auf den Tübinger Vertrag, die umgekehrt dazu diente, Untertanen, besonders Beamte, gegen willkürliche Verhaftung zu schützen<sup>29</sup> – eine Errungenschaft, die anderswo erst als liberale Forderung durchgesetzt werden konnte.

Beide Herzöge ließen sich in ihrer Innenpolitik sicherlich von der Angst vor Aufruhr leiten, die sich seit der Aufdeckung des Illuminatenbundes 1784/85 und natürlich erst recht seit dem Ausbruch der Französischen Revolution rapide verbreitete.

<sup>26</sup> Signatur des Geheimen Rats an die Landesversammlung vom 8. 3. 1798, in: *Reyscher* (Hrsg.), Sammlung, Bd. 2, 759f., zit. 759; Erklärung der Prälaten und Landstände v. 22. 3. 1798, in: ebd. 760–763, zit. 761, 762; Dekret des Geheimen Rats an die herzogliche Regierung v. 24. 3. 1798, ebd. 763–768.

<sup>27</sup> Denn nach dem Erbvergleich von 1770, ad Grav. VI, § 2, durfte der Herzog bei Gesetzen und Ordnungen ohne die „freye Mit Einwilligung“ des Engeren Ausschusses keine „hauptsächliche Abänderung vornehmen“ (*Reyscher* [Hrsg.], Sammlung, Bd. 2, 562. Über das „hauptsächlich“ konnte man natürlich streiten, das jahrelange Hin und Her um die Frage der Eheverbote belegt jedoch die Bedeutung des Problems.

<sup>28</sup> Censur=Verordnung v. 13. 7. 1791 bzw. Censur=Verordnung für Neu=Württemberg v. 25. 9. 1803, in: *Reyscher* (Hrsg.), Sammlung, Bd. 14, 1067–1069, zit. 1067f., bzw. (nur Hinweis auf Inhalt) 1227, Anm. 1107.

<sup>29</sup> Erbvergleich von 1770, Ad Grav. III, in: ebd. Bd. 2, 555f. Vgl. *Bernd Wunder*, Privilegierung und Disziplinierung. Die Entstehung des Berufsbeamtentums in Bayern und Württemberg (1780–1825) (Studien zur modernen Geschichte 21, München, Wien 1978) 42.

## 5. Sachsen: liberale und repressive Verordnungen

Abgesehen von den frankreichnahen Gebieten des Reichs, in denen es zu zahlreichen lokalen Unruhen kam, entfalteten Nachrichten über die Revolution auch beim kursächsischen Bauernaufstand von 1790 eine gewisse – indirekte – katalysatorische Wirkung<sup>30</sup>. Dabei war Sachsen zweifellos ein in vieler Hinsicht recht fortschrittliches Land. So hieß es etwa in einem Mandat von 1793, Studierende seien „durch praktische Uebungen zum Selbstdenken ... zu gewöhnen“. Das klingt nach Kant und kaum weniger modern als der folgende Satz: „Auch ist ihnen der Grundsatz, daß nur Geschicklichkeit und Fleiß, keineswegs Geburt oder Stand der Eltern oder Reichthum auf künftige Anstellung gegründeten Anspruch geben könne, frühzeitig einzuprägen.“<sup>31</sup> Doch wenngleich in Schaffraths Codex Saxonicus z.B. die 1770 angeordnete Beseitigung der Folter fehlt<sup>32</sup>, und das Werk sich auf wenig umfangreiche Gesetze<sup>33</sup> und eine Vielzahl kurzer Reskripte beschränkt, macht doch gerade das strafprozeßrechtliche Generale vom 30. 4. 1783 einen wenig zukunftsweisenden Eindruck: Nicht nur, daß ganz selbstverständlich vom Inquisitionsverfahren, von Leib- und Lebensstrafen die Rede ist, der Verdächtige sollte auch unbedingt zu einem aufrichtigen Geständnis gebracht werden, zwar nicht durch unmittelbare Anwendung körperlicher Gewalt, aber doch durch die Vorstellung, daß er – wenn man in der gegenwärtigen Untersuchung zu keiner Entscheidung käme – „entweder wohl gar nicht, oder doch binnen einer geraumen Zeit seines Lebens nicht wieder auf freyen Fuß kommen werde“. Das entsprach doch eher dem – im Generale auch so genannten – „peinlichen Prozesse“ als einem Verfahren, das die Freiheit und Unversehrtheit der Person in den Vordergrund stellte<sup>34</sup>. Noch problematischer wurde es, als mit dem „Mandat wider Tumult und Aufruhr“, erlassen am 18. 1. 1791 im Gefolge des sächsischen Bauernaufstandes von 1790, „pflichtvergessene Advocaten oder andere unbefugte Schriftsteller“, die weder zu Unruhen angestiftet noch daran teilgenommen hatten, jedoch Schriften verfaßten, „worinnen aufrührerische Unternehmungen, als

<sup>30</sup> Vgl. *Karlheinz Blaschke*, Ereignisse des Bauernkrieges in Sachsen; der sächsische Bauernaufstand 1790 (Abhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Phil.-hist. Klasse 67/4, Berlin 1978) 12–14.

<sup>31</sup> Mandat wegen Qualifizierung junger Leute zu künftiger Dienstleistung v. 27. 2. 1793, in: *Wilhelm Michael Schaffrath* (Hrsg.), Codex Saxonicus. Chronologische Sammlung der gesammten praktisch=gültigen Königlich Sächsischen Gesetze von den ältesten Zeiten, vom Jahr 1255 an bis zum Schlusse des Jahres 1840, Bd. 1 (1255–1818) (Leipzig 1842) hier 1261–1263, zit. 1261.

<sup>32</sup> Vgl. *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege (Göttingen 1965) 281. Der Grund dieses Fehlens dürfte einfach sein, daß Schaffrath nur das sächsische Kriminalgesetzbuch als das zu seiner Zeit modernste einschlägige Werk abdruckte.

<sup>33</sup> Das bis 1800 umfangreichste der abgedruckten Gesetze bildet die leicht gekürzte Allgemeine Vormundschaftsordnung von 1782, in: *Schaffrath* (Hrsg.), Codex 1121–1146.

<sup>34</sup> Generale wegen des Verfahrens in Untersuchungssachen v. 30. 4. 1783, in: ebd. 1152–1156, zit. 1152.

rechtmäßig vertheidigt, oder sonst offenbar widerrechtliche und gefährliche Sätze behauptet werden“ damit bedroht wurden, als „Advocaten sofort von der Praxi removiret, und, nach Befinden, mit 4 bis 8 monatlicher, andere Schriftsteller aber mit 2 bis 6 monatlicher Zuchthaus=Strafe belegt“ zu werden. Gleichzeitig wurden „alle Lehrer in Kirchen und Schulen“ daran erinnert, daß sie durch ihr Amt verpflichtet seien, „ihre Zuhörer und diejenigen, welche sie zu unterrichten haben, von der Verpflichtung und den Vortheilen eines unter dem Schutze der Obrigkeit zu führenden stillen und ruhigen Lebens, und davon, daß es der erste Zweck der bürgerlichen Gesellschaft und die Bedingung der davon zu erwartenden Vortheile sey, daß keiner dem andern eigenmächtig die Sicherheit seiner Person, seiner Rechte und seines Eigenthums, so wie er solches besitzt, entziehe, gründlich zu unterrichten und zu überzeugen ...“<sup>35</sup>. Kein Wort jedoch von der Möglichkeit, daß der Staat selbst sich an diesen Rechtsgütern vergreifen könnte!

## 6. Gescheiterte Bemühungen um ein neues Landrecht in verschiedenen Territorien

Auch bei den in Sachsen und anderswo unternommenen Anläufen zur Erstellung neuer Landrechte bleibt die Frage, ob bzw. inwieweit diese Bestrebungen durch das Naturrecht geprägt waren – und gegebenenfalls durch welche Richtung des Naturrechts. Handelte es sich eher um Kompilationen im Sinne von Rechtssammlung und –fortschreibung oder um Kodifikationsversuche im Sinne einer Neuschöpfung oder jedenfalls Neuordnung der Rechtsmaterie auf naturrechtlicher Basis? Traditionell wird ja in der deutschen Rechtsgeschichte Preußen und Österreich für die Zeit um 1800 insofern eine gewisse Sonderstellung zugeschrieben, als es diesen beiden deutschen Großmächten gelang, namentlich durch den Erlaß des ALR bzw. des ABGB wenigstens in weiten Rechtsbereichen umfassende, naturrechtlich beeinflusste Kodifikationen von langer Lebensdauer zu schaffen<sup>36</sup>.

Nun ist über die Kasseler Arbeiten offenbar so gut wie nichts überliefert. In Baden kam der Geheime Hofrat Salzer, der einerseits vor bedenklichen Neuerungen warnte, andererseits jedoch die „*aequitas iuris Naturae*“ berücksichtigen wollte, über Vorarbeiten nicht hinaus. Johann Georg Schlosser, der sich zunehmend vom Vernunftrecht und vom aufgeklärten Absolutismus ab- und den ersten Ansätzen der Historischen Rechtsschule zuwandte, wünschte ebenfalls nicht viel mehr, als

<sup>35</sup> Mandat wider Tumult und Aufruhr v. 18.1.1791, in: ebd. 1242f., zit. Art. 26, 28.

<sup>36</sup> *Helmut Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. 1: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)* (München 1985) 78, versteht unter „Code“ „ein systematisch aufgebautes, in klaren Prinzipien sprechendes, umfassendes Gesetz, welches mindestens einen ganzen Lebensbereich ... ordnet. Er soll die Rechtsprechung beherrschen, die ihn *à la lettre* anzuwenden hat“, zeichne sich durch einfache und klare Sprache aus, vermeide Aussagen über Prinzipien, ebenso Kasusistik und Subtilitäten und sei auf lange Geltungsdauer angelegt. In diesem Sinne bezeichnet Coing (ebd. 69) den Codex Maximilianus als die erste Kodifikation, während *B. Dölemeyer*, Kodifikationspläne 220 (vgl. aber ebd. 201) ihn eher als bloße Kompilation einstuft.

das badische Landrecht zu ergänzen. Er wollte dabei allerdings den „Despotismus“ eingrenzen und stand in gewissem Sinne zwischen ständischer Tradition und dem frühen Liberalismus<sup>37</sup>. Von vornherein dem Einfluß der Stände unterlagen die mecklenburgischen Bemühungen um ein eigenes Landrecht; sie waren stark vom römischen Recht geprägt<sup>38</sup>. Kursachsens zunächst um den Kurprinzen Friedrich Christian gescharte Reformen entwickelten ihre Kodifikationspläne dagegen im Zusammenhang mit dem ökonomisch und fiskalisch bemerkenswert erfolgreichen Rétablissement seit 1762. Zeitgleich und in einer nicht viel weniger desolaten Situation des Landes tat dies Friedrich Carl v. Moser für seinen Erbprinzen von Hessen-Darmstadt. In beiden Fällen ging es wesentlich um die Verbesserung der Rechtssicherheit. Freilich brachte vor allem Moser auch die Kritik an fürstlicher Mißwirtschaft zum Ausdruck, und bei den sächsischen Reformern um Fritsch und Gutschmid(t) kam „die Wendung vom Gedanken des absolutistisch bestimmten Gemeinwohls zum individuell bestimmbareren Untertanenwohl als eines Hauptzwecks guter Gesetzgebung ... bereits gelegentlich zur Sprache“, weshalb Barbara Dölemeyer deren Ideen in der „Übergangsphase von der Auffassung des Vernunftrechts zu der der jüngeren Naturrechtslehre“ verortet<sup>39</sup>. Doch wenn das Gutachten der sächsischen Landesregierung ein modernes Kodifikationsprogramm formulierte – kurze, klare, für den Untertanen verständliche Gesetze, systematisch dargestellt, auf lehrhafte Formeln verzichtend, von ausschließlicher Geltung und allenfalls von der Regierung selbst auszulegen bzw. zu kommentieren –, so wird deutlich, daß die Rechtssicherheit des „gemeinen“ Untertans in der damaligen Situation zunächst nicht primär mit den absolutistischen Zielen kollidierte. Denn eine Rechtsvereinheitlichung, d.h. eine Abschaffung oder Einschränkung von Lokalrechten, sozialen Sonderrechten usw. wurde um so mehr zum Bedürfnis, je mehr sich die kommunikativen Beziehungen durch Reisen, Briefkontakte, Verbesserung der Verkehrswege etc. verdichteten<sup>40</sup>. Zum einen, weil durch die wachsende Möglichkeit des Vergleichs Kritik und Zweifel an der gleichmäßigen Güte des Landesherrn gegenüber allen seinen Untertanen geweckt werden konnten. Zum andern, weil einfach die Zahl der Kollisionsfälle sich vermehren mußte. Für einen obersten Gerichtshof auf der zentralen Ebene etwa

<sup>37</sup> Vgl. *Helen P. Liebel*, Enlightened Bureaucracy versus Enlightened Despotism in Baden 1750–1792 (Transactions of the American Philosophical Society N. S. 65, Tl. 5, Philadelphia 1965) 69 ff., 100 ff.; *Reiner Schulze*, Johann Georg Schlosser und die Idee eines reinen Zivilrechts-Gesetzbuches. Zur Privatrechtsentwicklung zwischen Vernunftrecht und Historischer Rechtsschule, in: ZHF 6 (1979) 317–344, v. a. 320, 332, 325; *Klaus Gerteis*, Bürgerliche Absolutismuskritik im Südwesten des Alten Reiches vor der Französischen Revolution (Trierer Historische Forschungen 6, Trier 1983) 189, 195 f.

<sup>38</sup> *Erich Molitor*, Mecklenburger Entwürfe einer Zivilrechtskodifikation aus dem 16., 17. und 18. Jahrhundert, in: *Kurt Bussmann* u. *Nikolaus Grass* (Hrsg.), Festschrift f. Karl Haff zum siebzigsten Geburtstag dargebracht (Innsbruck 1950) 164–173, hier 172 f.

<sup>39</sup> *Dölemeyer*, Kodifikationspläne 223, 222.

<sup>40</sup> Vgl. *Walter Demel*, Europäische Geschichte des 18. Jahrhunderts. Ständische Gesellschaft und europäisches Mächtesystem im beschleunigten Wandel (1689/1700 – 1789/1800) (Stuttgart u. a. 2000) 98–104.

eines Kurfürstentums – und einen solchen brauchte man ja, um das *privilegium de non appellando et de non evocando* zur Stärkung der eigenen Macht nutzen zu können – mußte es auf die Dauer zumindest höchst lästig sein, mit einer Vielzahl von unterschiedlichen Regional- oder Lokalrechten zu jonglieren und im Einzelfall immer prüfen zu müssen, welches Recht nun gerade zur Anwendung kommen sollte.

Der hannoversche Landrechtsentwurf von Friedrich Jesajas Pufendorf (1772) verfiel deshalb auf die Idee, das im Kurfürstentum geltende Recht zu sammeln. Neuerungen waren eher selten, im Falle des Eherechts aber standen sie laut Wilhelm Ebel unter naturrechtlichem Einfluß: Der von Eltern ausgeübte Zwang zu einer Eheabsprache wurde verworfen (Tit. 71, § 16), das persönliche Eherecht, bis dahin Gegenstand der Kirchenordnungen, wanderte in das allgemeine Zivilrecht und wurde u.a. durch im Gerichtsgebrauch entwickelte Scheidungsgründe ergänzt (Tit. 72, § 32). In einem Einzelfall – in puncto Verbindlichkeit von Verträgen – wurde das Naturrecht auch einmal „denen Kaiserlichen Rechten“ vorgezogen (Tit. 19, § 1). Im Polizeirecht läßt sich sogar der Versuch erkennen, das Wohlfahrtsprinzip einzugrenzen (Tit. 30, § 7)<sup>41</sup>. Insgesamt wäre jedoch weder ein systematisch aufgebautes noch ein „vollständiges“ Gesetzbuch entstanden, mithin keine Kodifikation im naturrechtlichen Sinne. Statt dessen stellt sich der Entwurf nach Ebel als „ein später und letzter Fall der Kontroversen-Gesetzgebung“ dar. Die erstrebte Rechtseinheit und Rechtsgewißheit sollten nämlich dadurch entstehen, daß der Landesherr per Gesetz zumindest in zweifelhaften und strittigen Fällen ein bestimmtes Recht für vorrangig erklärte – etwa das römische gegenüber dem sächsischen –, weshalb „derjenige, welcher auf eine widerseitige Gewohnheit sich gegründet, solches beweisen“ müsse (Tit. 1, § 2). Oder aber der Kurfürst entschied Differenzen zwischen Rechtslehrern bzw. unterschiedlichen Spruchtraditionen, wobei er nach den Vorstellungen Pufendorfs, des damaligen Vizepräsidenten des Celler Oberappellationsgerichts, in den meisten Fällen die Rechtsprechung eben dieses Gerichts als allgemeine Regel bestätigen sollte. In einem Rechtsbereich allerdings sollte das anders sein: Das Strafrecht fand eine „geradezu kodifikatorische Behandlung“. Dabei trat der säkulare Charakter in den Vordergrund: Gotteslästerer wurden als „wahnwitzige Leute“ (Tit. 121, § 2) lediglich des Landes verwiesen. Warum der Entwurf trotz dieser zumindest partiellen Fortschrittlichkeit nicht weiter diskutiert wurde, ist unbekannt<sup>42</sup>.

Es ist überhaupt ein interessantes Phänomen, daß alle derartigen Pläne nur in seltenen Fällen zu legislatorischer Reife gediehen. Schließlich gelang es selbst im

<sup>41</sup> Vgl. *Wilhelm Ebel*, Einleitung, in: *ders.* (Hrsg.), *Friedrich Esajas Pufendorfs Entwurf eines hannoverschen Landrechts (vom Jahre 1772)* (Quellen und Darstellungen zur Geschichte Niedersachsens 78, Hildesheim 1970) IX–XXVIII, hier XXII f., XXVI f. sowie die einschlägigen, oben genannten Paragraphen. Tit. 30 § 7 besagte nämlich, die Obrigkeiten seien zwar befugt, alles dem Wohlstand eines Ortes Nachteilige bei Strafe abzuwenden, doch stünde ihnen „ein gleiches in denen an sich nicht schädlichen Dingen ... wenn nicht eine Vereinbarung sämtlicher Einwohner vorhergegangen, nicht zu.“

<sup>42</sup> *Ebel*, Einleitung XXIII ff.

19. Jahrhundert zwar mehreren der nunmehr souveränen Staaten des Deutschen Bundes, sich ein Strafgesetzbuch zu geben – wobei sie in der Regel mehr oder minder der Feuerbachschen Pionierleistung des bayerischen StGB von 1813 folgten. Aber mit Ausnahme Sachsens brachte keiner etwa ein Zivilgesetzbuch zustande, obwohl es dazu allein im Königreich Bayern nicht weniger als sechs Anläufe gegeben hat<sup>43</sup>. Dabei vermochte sich im Einzelfall schon im späteren 18. Jahrhundert selbst ein Kleinterritorium zu einer bemerkenswert umfangreichen gesetzgeberischen Leistung aufzuschwingen. Die Canzley- und Prozeßordnung des Herzogtums Nassau-Saarbrücken vom Jahre 1778 umfaßte nicht weniger als 581 Paragraphen. Im Sinne des Reformabsolutismus zielte sie auf Rechtssicherheit, Prozeßbeschleunigung, aber auch auf die Verstaatlichung der Rechtsprechung<sup>44</sup>. Aber daß sie im Sinne des älteren Naturrechts ein absolutistisches Instrument zur Uniformierung der gesetzlichen Normen gewesen wäre, mag man, auch in Unkenntnis der Masse der Paragraphen, füglich bezweifeln, wenn man den auf Wunsch von Fürst Ludwig formulierten § 367 betrachtet: „... bei der Decision einer jeden Sache ... haben der Referens und die nachstimmenden Membra Collegii nicht auf ihr eigenes Gutfinden und sich fingirte Aequität, sondern vielmehr auf jeden Orts rechtmäßig hergebrachte Gewohnheiten, alsdann die Landes=Verordnungen, und zuletzt auf die gemeinen beschriebenen Rechte Rücksicht zu nehmen“<sup>45</sup>.

Dafür, daß die meisten Territorien mit derartigen großen legislativen Projekten scheiterten, machte Max Braubach im konkreten Falle Kurkölns das Fehlen fähiger juristischer Beamter und den Widerstand konservativer Kräfte verantwortlich<sup>46</sup>. Hinzuzufügen wäre mitunter vielleicht die notwendige Rücksichtnahme auf Nachbarterritorien. Aber wichtiger ist vermutlich noch das Element der Kontinuität: Es bedurfte eines oder mehrerer tüchtiger juristischer Beamter, die sich über Jahre hinweg einigermaßen konzentriert der Gesetzgebungsarbeit widmen konnten. Die Neuordnung der Materie eines ganzen Rechtsbereichs war eine zeitraubende Angelegenheit, solange es dafür kein überzeugendes Vorbild gab. Der Landrechtsentwurf des Mecklenburger Regierungsrats Rudloff war erst in Teilen fertig, als dieser 1775 starb. Für den Gießener Naturrechtslehrer Höpfner war die Aufgabe ebenfalls zu gewaltig: Er starb 1791, ohne einen Gesamtentwurf vorge-

<sup>43</sup> Barbara Dölemeyer, Die bayerischen Kodifikationsbestrebungen, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Ius commune* 5 (Frankfurt a. M. 1975) 138–177, hier 138 f.

<sup>44</sup> Klaus Ries, Obrigkeit und Untertanen. Stadt- und Landproteste in Nassau-Saarbrücken im Zeitalter des Reformabsolutismus (Veröffentlichungen der Kommission für Saarländische Landesgeschichte und Volksforschung 32, Saarbrücken 1997) 235–242.

<sup>45</sup> Johann Mathias Sittel (Hrsg.), Sammlung der Provinzial- und Particular-Gesetze und Verordnungen, welche für einzelne, ganz oder nur theilweise an die Krone gefallene Territorien des linken Rheinufer über Gegenstände der Landeshoheit, Verfassung, Verwaltung, Rechtspflege und des Rechtszustandes erlassen worden sind, Bd. 1 (Trier 1843) zit. 477. Auch in dieser Sammlung wurden nur einige wenige, 1843 noch relevante Paragraphen mitgeteilt (ebd. 466–479). Zum Hin und Her bei der – letztlich erfolglosen – Erneuerung des Landrechts vgl. ebd. 37 f.

<sup>46</sup> Max Braubach, Die vier letzten Kurfürsten von Köln (Bonn u. Köln 1931) 118 f.

legt zu haben, obwohl er schon seit 1775 die darmstädtischen Landesgesetze sammelte<sup>47</sup>. Zudem durfte in der Person des Landesfürsten kein Wechsel von einem kodifikationswilligen zu einem kodifikationsfeindlichen Landesherrn eintreten. Beide Bedingungen waren selten gleichzeitig erfüllt. Es blieb daher in der Regel bei dem Erlaß von Einzelverordnungen.

## 7. Bayern: Die Kreittmayrschen Gesetzbücher

Durchaus anders stellten sich die Kreittmayerschen Gesetzbücher für das Kurfürstentum Bayern dar, nämlich der Codex juris Bavarici criminalis, der Codex juris Bavarici judiciarii, der Codex Maximilianus Bavaricus civilis samt ihren vielbändigen offiziellen Anmerkungen (deren legislativer „Rang“ sich von dem der eigentlichen Gesetzestexte wenig unterschied), sowie Kreittmayrs „Staatsrecht“. Sie entstanden in den Jahren 1751 bis 1770, also allesamt innerhalb der Regierungszeit eines Fürsten, des Kurfürsten Max III. Joseph (1745–1777), und entstammten der Feder eines Mannes, eben seines Vizekanzlers (seit 1749) bzw. Kanzlers (seit 1758) Kreittmayr<sup>48</sup>.

Nun gilt traditionell Kreittmayr nicht als eingefleischter Naturrechtler und sein gesamtes Werk allenfalls als ein „Auftakt“ der vernunftrechtlichen Kodifikations-

<sup>47</sup> *Dölemeyer*, Kodifikationspläne 207, 203.

<sup>48</sup> Codex juris Bavarici criminalis de anno M.DCC.LI. (o. O. o. J.); Anmerkungen über den Codicem juris Bavarici criminalis (München 1752); Codex juris Bavarici judiciarii de anno M.DCC.LIII. (München o. J.); Anmerkungen über den Codicem juris Bavarici judiciarii (München 1754); CMBC = Codex Maximilianus Bavaricus civilis. Oder neu Verbessert= und Ergänzt churbairisches Landrecht (München Neuauflage 1794 [1. Aufl. 1756]); CMBC Anm. = Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum civilem ... Von ... Wigulæus, Xaverius, Aloysius Freyherrn von Kreittmayr ..., 5 Tle. (München 1758-1768, ND Frankfurt/M. 1985). Dazu die zusammenfassende Kurzdarstellung von [*Wiguläus Xaver Aloys*] *Freiherr von Kreittmayr*, Compendium Codicis Bavarici civilis, judiciarii, criminalis et annotationum. Oder Grundriß der gemein= und bayrischen Privat=Rechtsgelehrsamkeit, den Anfängern zur Einleitung, den übrigen zur Recollection (München 1768), sowie *ders.*, Grundriß des Allgemeinen, Deutsch= und Bayrischen Staatsrechtes (München 21789 [1. Aufl. 1770], ND 1990). Vgl. zur Einordnung des CMBC: *Sten Gagnér*, Die Wissenschaft des gemeinen Rechts und der Codex Maximilianus Bavaricus Civilis, in: *Helmut Coing* u. *Walter Wilhelm* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. 1 (Frankfurt a.M. 1974) 1–118, zur Biographie Kreittmayrs: *Hans Rall*, Kreittmayr. Persönlichkeit, Werk und Fortwirkung, in: ZBLG 42 (1979) 47–73, mit Angabe der älteren Literatur zu den Kreittmayrschen Gesetzeswerken (ebd. Anm. 1), sowie zum Kriminalkodex: *Reinhard Heydenreuther*, Kreittmayr und die Strafrechtsreform unter Kurfürst Max III. Joseph, in: *Richard Bauer* u. *Hans Schlosser* (Hrsg.), Wiguläus Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr 1705-1790. Ein Leben für Recht, Staat und Politik. Festschrift zum 200. Todestag (München 1991) 37-57. Die folgenden Ausführungen stellen eine ergänzte und z.T. revidierte Fassung meiner früheren dar: vgl. *Walter Demel*, Preußisches und bayerisches Adelsrecht in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, in: *Maximiliane Kriechbaum* (Hrsg.), Festschrift f. Sten Gagnér zum 3. März 1996 (Ebelsbach 1996) 151–180, hier 152f., 159ff.

epoche<sup>49</sup>. Tatsächlich enthielt sein ziemlich kasuistisch angelegtes Kriminalgesetzbuch – es behandelte u.a. den Perlendiebstahl in einem eigenen Paragraphen – noch durchaus theokratische Elemente sowie natürlich den herkömmlichen Kanon an Leib- und Lebensstrafen. Andererseits verfaßte Kreittmayr ein „Allgemeines Staatsrecht“, von dem er verkündete, dies sei „der Theil des natürlichen Rechts, worinn die Pflichten und Rechten der Regenten und Unterthanen überhaupt ohne Rücksicht auf einen gewissen Staat vorkommen“<sup>50</sup>. Darin heißt es kategorisch: „Der Menschen Stand ist naturalis vel adventitius“, ersterer derjenige, „nach welchen [sic!] die Menschen unter sich ganz gleich, frey und unabhängig, mithin niemand als Gott selbst ... unterwürfig sind“ – also nur dem göttlichen oder natürlichen Gesetz untergeben. Der Status adventitius aber sei der „Gesellschaftsstand, welcher sich durch menschliche Anordnung und selbstige Auswahl ergibt, und wird in den vollkommenen und unvollkommenen getheilt. Der letzte besteht in societate domestica, conjugali et herili ... Der erste aber, welcher all diese und andere subordinirte Gesellschaften und Communities unter sich begreift, ist der status societatis civilis, seu civitatis et reipublicae, vulgo der Staat oder die bürgerliche Gesellschaft, mittelst welcher sich Regenten und Unterthanen zusamm verbunden haben, um mit vereinigten Kräften das gemeine Wohl zu befördern“ (§ 2). Kreittmayr lag damit auf der Linie des älteren deutschen Naturrechts. Allerdings vermutete er, der „verderbte Menschenverstand“ habe „zur bürgerlichen Gesellschaft den ersten Anlaß gegeben“, eine absolute Nothwendigkeit ihrer Gründung lasse sich jedoch durch die Vernunft nicht erkennen, vielmehr sei „der erste Ursprung einer Republik res meri facti in der Geschichte aufzusuchen“, da höchstwahrscheinlich „Gewalt und Ehrgeitz den Anfang hierzu gemacht“ hätten. Doch entscheidend sei, daß durchgängig „ein pactum hierbey supponirt“ werde, „welches auf Seiten des Unterthans den Gehorsam, auf Seiten des Regenten den Schutz, mithin auch Friede, Ruhe, Sicherheit, und gemeine Wohlfahrtsverschaffung erheischt, woraus mutua obligatio entspringt, welches man das Band der bürgerlichen Gesellschaft ... nennt“<sup>51</sup>. Die Regalien seien die notwendigen Mittel zur Erfüllung dieses im Gemeinwohl bestehenden Endzwecks eines Staates. Wenn ein Souverän, wie einige glaubten, „auch ohne Rücksicht auf obigen Zweck nur selon le bon plaisir handeln und mit der sogenannten ... Machtvollkommenheit überall durchfahren könnte, so brauchte man sich mit

<sup>49</sup> Hans Schlosser, Der Gesetzgeber Kreittmayr und die Aufklärung in Kurbayern, in: *Bauer, Schlosser* (Hrsg.), *Kreittmayr* 3–35, hier 3 u. 21, Anm. 60; *Martin Lipp*, Wissenschaftstheorie und Vernunftrecht bei W. X. A. von Kreittmayr, in: ebd. 181–210, hier 181 ff. mit Nachweisen. Bezüglich der Modernität wird der CMBC von Gunter Wesener (*ders.*, *Kreittmayrs Zivilrechtskodex in dogmengeschichtlicher Sicht*, in: ebd. 77–100, hier 98 f.) auf eine Stufe mit Coccejis „Project des Corporis iuris Fridericiani“ (1749/51) und des Entwurfs eines „Codex Theresianus (juris civilis)“ (1758/66) gestellt, der Kriminalkodex von Herbert Hofmeister (*ders.*, *Kreittmayr und die österreichische Rechtsentwicklung im Naturrechtszeitalter*, in: ebd. 211–236, hier 215) auf jene der Constitutio criminalis Theresiana (1768).

<sup>50</sup> CMBC Anm., Bd. 1, zu 2, § 6, 22. Vgl. *Kreittmayr*, Staatsrecht, I. Teil: Allgemeines Staatsrecht. Hierauf beziehen sich die folgenden Paragraphen.

<sup>51</sup> *Kreittmayr*, Staatsrecht, § 3, zit. 4 f.

der schwer= und weitläufigen Materie de regalibus et juribus majestaticis nicht viel zu schleppen. Die ganze Lehre würde mit vier Worten, sic volo, sic jubeo, absolvirt sein, allein so sprechen und denken nur die Machiavellisten und pseudo-politici. In der heiligen Schrift und in der gesunden Vernunft hat diese Sprache und Denkungsart den allergeringsten Grund nicht, sondern riechet nur nach schädlicher Eigenliebe oder Schmeicheley, womit man sich bey Höfen groß und beliebt zu machen sucht<sup>52</sup>. Zu den Regalien aber zählte unstreitig die Legislativgewalt, „dann wo kein Gesetz ist, da ist nichts als Unordnung, Unruhe und Unsicherheit“. Das Vorbild des Fürsten reiche nicht aus, man brauche Gesetze, „und zwar menschliche, weil die natürliche allein bey dem verderbten Menschenzustand nicht mehr hinreichen wollen“. Ein Fürst dürfe deshalb neue Gesetze erlassen, fremde einführen, vorhandene authentisch interpretieren usw., „oder nach Veränderung der Zeit und Umständen gar aufheben“<sup>53</sup>. In statu civili sei „kein Unterthan sein eigener Herr und Richter mehr, sondern da wird ihm Recht und Gerechtigkeit nöthigen Falls nur durch die Obrigkeit verschafft, weil sich sonst Fried und Ruhe in der bürgerlichen Gesellschaft nicht lang erhalten ließe.“ Darauf beruhe alle Jurisdiktionsgewalt<sup>54</sup>. Nur „in regnis despoticis vel herilibus“ sei indessen „der Unterthan ein bloßer Slav ... In anderen Staaten ... sind die bona vel jura subditorum keine peculia servorum ... Der Regent hat zwar über alle in dem Staat befindliche Güter und Gerechtsamen imperium vel dominium eminens, welches sich jedoch nicht so weit erstreckt, daß man dem Unterthan sein Haab und Gut ... benehmen könnte, es geschähe dann ex causa necessitatis vel utilitatis publicae, welchenfalls zwar freylich bonum vel jus privatum dem publico ausweichen muß, jedoch dergestalt, daß derjenige, welcher propter publicum zu leiden hat, auch ex publico wiederum schadlos gehalten werde“<sup>55</sup>. Eine Ausdehnung bzw. Vermehrung der von Kreittmayr im Detail aufgezählten Regalien lehnt dieser dementsprechend ab. „... salus vel utilitas publica, welche von dergleichen Regalienmachern prätextirt wird“ sei „gemeiniglich nur ein Blendwerk, wodurch man ... seinen selbst eignen Nutzen zu befördern sucht“. Es gäbe durchaus Regeln, aus denen man ersehen könne, wie weit ein Souverän gehen dürfe: 1. die jeweilige Landesverfassung, denn in vielen Ländern sei der Fürst durch besondere pacta und leges fundamentales beschränkt. „Diese limites kann der Regent ohne Bewilligung der Stände sub praetextu utilitatis vel necessitatis publicae so leicht nicht überschreiten, weil seine Gewalt nicht so weit gehet, und salus vel quies publica niemals in größerer Gefahr ist, als wann die allerste Grundsäulen und leges fundamentales, worauf das Staatssystema beruhet, über den Haufen geworfen werden wollen.“ Auch wo es keine solchen Grundgesetze gäbe, sei es 2. „der Klugheit gemäß, daß man sich seiner unumschränkt freyer Gewalt nicht allemal gebrauche, sondern nach der Lag und Wichtigkeit der Sache, mit Zuzieh= und

<sup>52</sup> Ebd. § 7, 15 f.

<sup>53</sup> Ebd. § 8, 19.

<sup>54</sup> Ebd. § 9, 20.

<sup>55</sup> Ebd. § 14, 28.

Beratschlagung der Ständen zu Werk gehe“. 3. habe „auch *salus publica* ihre unterschiedliche *gradus*“<sup>56</sup>. Im übrigen irre Hobbes gründlich, wenn er Souveräne von allen Pflichten gegenüber ihren Untertanen freispreche, „dann obwohl der Regent ... keine *Obligation ex jure civili* auf sich hat; so bindet ihn doch *jus naturae* so gut als seine Unterthanen. Bestmögliche Beförderung gemeiner Wohlfahrt, Conservation des Staats, und Beschützung des Unterthans vor inn= und äußerlicher Gewalt und Unrecht, sind seine aus der Natur und Eigenschaft des Regentenamts selbst unmittelbar fließende ... Obliegenheiten“. Was der Untertan einmal rechtmäßig erlangt habe, dürfe ihm der Souverän nicht willkürlich entziehen und Verträge müsse er einhalten, erst recht solche mit den Ständen, denn auf ihnen beruhe das ganze Staatssystem<sup>57</sup>.

So kernig diese Aussagen vorgetragen werden, die ganz dem aufgeklärt-absolutistischen Regiment Max III. Joseph entsprachen<sup>58</sup>, so wenig verschleiert wird die Tatsache, daß die genannten Garantien ganz in der Tradition der älteren deutschen Naturrechtslehre wenig Abwehsubstanz gegen Übergriffe enthalten: Zum einen dürfen die Untertanen nur mit Genehmigung ihres Landesherrn zu „Particularsocietäten“ zusammentreten, „weil sonst leicht schädliche *factiones* und Unruhen aus solchen Verbindnissen erwachsen können“<sup>59</sup>. Zum andern leben die Souveräne in *statu naturali*, „dann obschon der Regent vor alles, was er gegen Pflicht und Gewissen thut, seinerzeit Gott Rechenschaft geben muß, so hat er doch hier auf Erden keinen Richter, und wann er auch einen hat, so ist es nur *judex mere arbitarius vel compromissarius ex lege fundamentali vel alia conventione speciali*“<sup>60</sup>. Allgemeine institutionelle Garantien gegen fürstliche Willkürakte sind nicht vorgesehen, am meisten Gewicht haben noch die ständischen Rechte, aber letztlich kann Kreittmayr nur an die Klugheit und Vernunft des Landesherrn appellieren, nicht durch die Überschreitung seiner ihm durch den Staatszweck eingeräumten Befugnisse Unruhen oder wohl gar einen – freilich widerrechtlichen – Umsturz zu provozieren<sup>61</sup>. Denn, so warnt er, „das Band der burgerlichen Gesellschaft“ könne sich „wegen innerlicher Verwirrung“ auflösen. Dann träte jedoch derselbe Fall ein wie beim Aussterben einer Dynastie: Das Volk erhalte seine natürliche Freiheit zurück, könne ein neues Oberhaupt ernennen „und die Regimentsform auf den vorigen, oder einen andern Fuß setzen“<sup>62</sup>. Ansonsten aber wird „die natürliche Freyheit ... dem Unterthan nur so weit gelassen, als nicht das gemeine Beste eine *restrictionem libertatis* erfordert“. Auch die ursprüngliche Gleichheit der Untertanen werde „zwar ein vernünftiger Regent so, wie ihre Freyheit, auf alle nur immer thunliche Weis, zu erhalten“ suchen. „Da aber gleichwohl in einem

<sup>56</sup> Ebd. § 31, 59f., 60, 60f., 61.

<sup>57</sup> Ebd. § 32, 62f., zit. 62.

<sup>58</sup> Vgl. Alois Schmid, Der Reformabsolutismus Kurfürst Max' III. Joseph von Bayern, in: ZBLG 54 (1991) 39–76.

<sup>59</sup> Kreittmayr, Staatsrecht, § 19, 34.

<sup>60</sup> Ebd. § 32, zit. 63, § 33, 63.

<sup>61</sup> Vgl. Klippel, Freiheit 37ff.

<sup>62</sup> Kreittmayr, Staatsrecht, § 38, zit. 73, § 37, zit. 73.

Staat nicht alle Menschen von einerley, sondern von unterschiedlichen Stand und Gattungen sind, so ist eine durchgehende Gleichheit circa jura & obligationes subditorum keine Möglichkeit ...“<sup>63</sup>

Was hat das alles nun für Konsequenzen für das Privatrecht? Zunächst fällt auf, daß die meisten dieser Aussagen nicht erst im erstmals 1770 publizierten „Staatsrecht“ Kreittmayrs auftauchen, sondern bereits 1758 in den Anmerkungen zu seinem Zivilkodex, zwar überwiegend in kürzerer Form, mitunter aber auch ganz wörtlich. Schon hier wird deutlich herausgearbeitet, daß der Souverän den Gesellschaftsvertrag, der ihn auf den Staatszweck verpflichtet, nicht verletzen darf, ohne gegen das Naturrecht zu verstoßen, „welches Pacta heilig gehalten wissen will“. Auch Gott wolle, so erklärt Kreittmayr, „die Glückseligkeit der Menschen befördert wissen, welche sich aber ohne Ruhe und Sicherheit nicht wol erhalten laßt“. Eine theologische Begründung des Staats lehnt er gleichwohl als nicht erweisbar ab. Nur in despotischen Staaten müßten die Untertanen „wie leibeigne Knechte, alles ihrem Herrn überlassen“, was zwar dem Staatszweck zuwider liefe, „gleichwol aber Pacto tacito vel expresso ... eingeführt werden kan, z.E. wann der Überwinder den Überwundenen keine bessere Conditiones einraunt, und sie sich selbst zu Verhütung grösseren Ubels darein geben.“ Damit wird Faktisches begründet, nämlich die Existenz von Despotien<sup>64</sup>.

Für Bayern kannte sein Zivilrecht immerhin einen „status libertatis“, dessen Rechte „niemal verlohren“ gehen könnten, allerdings nur deshalb, „weil die römische Leibeigenschaft ... aufgehoben ist, und die unserige nicht so weit gehet, daß man der Freyheit völlig [!] dadurch beraubet wäre“<sup>65</sup>. Doch resultierte sein *realer* „Freiheitszustand“ aus dem Status adventitius, der sich, wie gesagt, „menschlicher Anordnung oder selbstiger Auswahl“ verdankte<sup>66</sup>. Und als realitätsnaher Gesetzgeber verfügte Kreittmayr auch nur über einen ständisch differenzierten Freiheitsbegriff<sup>67</sup>, wobei ihm das Naturrecht sogar dazu diene, die Vorrechte des Adels zu begründen: „Von Natur seynd zwar alle Menschen gleich, und die rühmliche Thaten unserer Voreltern seynd eben keine Sach, womit man sich gar groß, und breit zu machen Ursach hat“, meinte der Kanzler, dem als Neunobilitierten

<sup>63</sup> Ebd. § 36, zit. 69f., 70.

<sup>64</sup> Vgl. CMBC Anm., Bd. 1, zu 1, 2, § 6, 22 ff., zit. 23, 24, 25. Dabei folgt Kreittmayr nach eigenem Bekunden vornehmlich Böhmer, dem er das Verdienst zuspricht, das erste förmliche Systema juris publici universalis verfaßt zu haben, sowie dessen katholischem Nachfolger Schmier. Damit erscheint das von der „Politica publica oder Staatsklugheit“ ebenso wie von der „Notitia Reipublicae“ (Staatenkunde) unterschiedene Staatsrecht als ein jüngerer, „nur methodi causa und der bequemen Lehrart halber in einer besondern Discipulin“ abgehandelter Teil des Naturrechts (ebd. S. 36). Die gesamte Jurisprudenz gilt Kreittmayr jedoch als Teil der Philosophie, die aus den Einsichten derjenigen Wahrheiten bestehe, „welche sich durch das Licht der Vernunft zu erkennen geben“ (CMBC Anm., Bd. 1, zu 1, 1, § 1, 1).

<sup>65</sup> Kreittmayr, Compendium 12.

<sup>66</sup> CMBC 1, 3, § 3; Kreittmayr, Staatsrecht 4.

<sup>67</sup> Jürgen Schlumbohm, Freiheit – Die Anfänge der bürgerlichen Emanzipationsbewegung in Deutschland im Spiegel ihres Leitwortes (ca. 1760 - ca. 1800) (Geschichte und Gesellschaft. Bochumer Historische Studien 12, Düsseldorf 1975) 85.

nur der letzte Rang unter seinen Ministerkollegen zustand<sup>68</sup>. „Da aber gleichwohl dem gemeinen Wesen selbst daran liegt, daß jene, welche sich hierum verdient gemacht haben, nicht nur selbst, sondern auch in ihren Kindern, und Descendenten destinquiert ..., mithin andere zu gleichmössigen rühmlichen Thaten dadurch gereizt werden, so laßt sich der Ursprung sowohl des Personal- als Geschlechtsadels ex Jure naturæ hypothetico leicht demonstrieren.“<sup>69</sup>

Mit anderen Worten: Wenn Gunter Wesener bemerkt, im Ergebnis sei der naturrechtliche Einfluß im CMBC gering<sup>70</sup>, so trifft dies für die Masse der Detailbestimmungen, die überwiegend dem Gemeinen Recht bzw. dem sich ausbildenden bayerischen Ius patrium entnommen sind, sicherlich zu. Aber das Naturrecht diene Kreittmayr erstens zu einer zeitgemäßen Rechtfertigung zentral wichtiger bestehender Verhältnisse – nämlich der aufgeklärt-absolutistischen Regierungsform sowie der ständischen Gesellschaftsordnung – und zweitens zur systematischen Organisation der Rechtsmaterie, was man vielleicht nicht als bloße Äußerlichkeit abtun sollte<sup>71</sup>. Kreittmayr selbst räumte offen ein, daß er in seinem Landrecht „keineswegs viel Neu= und Seltenes ... gesagt und auf die Bahn gebracht“ habe, schrieb sich aber „den beschwerlichen Auszug und Selectum samt der Digestion, Ordnung und Methode, worauf es bey der ungeheuren Menge Schriften und Büchern, womit man heut zu Tag ... gleichsam überschwemmt ist, gewiß am allermeisten ankömmt“ als Verdienst zu<sup>72</sup>. Drittens leitete er jedoch *bestimmte* positive Rechte tatsächlich aus dem Naturrecht ab. Das Staatsrecht als Teil des Naturrechts sei die Grundlage der gesamten bürgerlichen Jurisprudenz, erklärte er, und „in Regalien und anderen zwischen den Landesherrn und Unterthan obwaltenden Strittigkeiten müssen die Principia und Rationes decidendi meistens hieraus erholet werden.“ Deshalb sei es für alle Arten von Beamten und Advokaten, überhaupt für alle, „welche den Verehrungs=würdigen Namen eines Jurisconsulti mit Verdienst tragen wollen, ganz unentbehrlich“<sup>73</sup>.

Ansonsten aber war er kein „Naturrechtler“ in dem Sinne, daß er das Naturrecht nutzen wollte, um etwa einen Katalog konkreter Menschenrechte zu entwickeln oder auch nur die bestehenden Gesetze am Maßstab des ius naturae zu

<sup>68</sup> Alois Schmid, Der Einfluß Kreittmayrs auf die bayerische Reichs- und Außenpolitik, in: *Bauer, Schlosser* (Hrsg.), Kreittmayr 295–325, hier 296.

<sup>69</sup> CMBC Anm., Bd. 5, 2315.

<sup>70</sup> Gunter Wesener, Kreittmayrs Zivilrechtskodex in dogmengeschichtlicher Sicht, in: *Bauer, Schlosser* (Hrsg.), Kreittmayr 77–100, zit. 100.

<sup>71</sup> So urteilte Gerhard Oestreich unter Berufung auf die Münchner Dissertation von H. Schützenberger aus dem Jahre 1927: In Bayern „erfolgte die Rechtsreform nicht im Sinne des Naturrechts; die Kodifikationen des Strafrechts und des Zivilprozeßrechts wie auch das neue kurbayerische Landrecht (1756) des Freiherrn von Kreittmayr wahrten den naturrechtlichen Standpunkt nur äußerlich, während die Ausarbeitung auf dem Boden des gemeinen Rechts blieb“. *Gerhard Oestreich*, Das Reich – Habsburgische Monarchie – Brandenburg-Preußen von 1648 bis 1803, in: *Fritz Wagner* (Hrsg.), *Europa im Zeitalter des Absolutismus und der Aufklärung* (Handbuch der europäischen Geschichte 4, Stuttgart 1968) 378–475, zit. 467.

<sup>72</sup> CBMC Anm., Bd. 1, Vorrede vom 1. 1. 1758.

<sup>73</sup> Ebd. zu 1, 2, § 6, 23.

messen. Eher umgekehrt! Die Vorrede zu den Anmerkungen zu seinem Landrecht ist hier ganz explizit: Diese sollten bestehen „in einer Collation und Vergleichung des natürlichen mit dem Burgerlichen, des Römisch= und Ausländischen, mit dem Deutsch= und Einheimischen, des gemeinen mit dem Staturarischen, und endlich des alt= und mittleren mit dem allerneuest= und dermaligen Chur=Bayrischen Land=Recht. ... Das erste stellt ohnehin Niemand in Abred, wer nur bedencket, wie wenig mit dem *Jure Divino vel Naturali* ohne *Positivo vel Civili* ... in der Welt fortzukommen seye.“ Sinnvoller als, wie üblich, an den Universitäten die Köpfe der Jurastudenten mit unbrauchbaren und entbehrlichen Dingen vollzustopfen und sich erst spät oder gar nicht dem Nützlichen zuzuwenden, wäre es, daß man das Studium „nicht von oben herunter, mit dem *Jure Communi, Naturali, Romano vel Patrio antiquo*, sondern vielmehr von unten hinauf mit dem *Jure moderno*, oder welches noch weit rathsamer ist, mit Beeden zugleich anfang, dieses Letztere für das Haupt= jenes hingegen nur als ein *pro illustratione* und allenfalls in *subsidium* dienendes Neben=Werck ansehe, sohin die Jura nicht so, wie sie vor diesem bei den Römern und alten Deutschen gestanden seynd, oder vielleicht nach dem öfters nur sich selbst formirten *dictamine rectae rationis* stehen sollten oder könnten, sondern wie sie würrklich bey uns stehen und practicirt werden, gleich anfänglich und vorzüglich zu erlernen suche.“ Dieses seinen Anmerkungen zugrundegelegte System hätten die berühmtesten Rechtslehrer schon lange für den universitären Unterricht empfohlen, was aber gegen einen „schon allzutief eingewurzleten gemeinen Schul=Schlendrian bishero nicht aufzukommen vermöcht hat“<sup>74</sup>. Das Studium des Naturrechts war Kreittmayr also gemeinhin nur insoweit wertvoll, als es das geltende positive Recht durch einen Bezug auf allgemeinere Prinzipien argumentativ begründen und durch vernünftige, pädagogisch sinnvolle Anordnung des Stoffs besser rezipierbar machen konnte.

## 8. Das Bamberger Strafgesetzbuch von 1795/96

Auch das Bamberger Strafgesetzbuch, das 1795 die alte Bambergensis ablöste, verdankte sich dem Wirken eines – bzw. zweier – Juristen und eines aufgeklärt-absoluteistischen Fürsten, nämlich des Bischofs Franz Ludwig von Erthal<sup>75</sup>. Dieser beklagte in einem Reskript, jeder nur ein wenig Rechtskundige wisse, wie unzeitgemäß die aus dem 16. Jahrhundert stammenden Kriminalgesetze seien „und wie ungewiß, schwankend und fast willkührlich die Criminalpraxis durch die äußerst verschiedenen Meynungen der Rechtsgelehrten gemacht worden“ sei. So beschloß er, „ein vollständiges Criminalgesetzbuch verfassen zu lassen“. Aber es würde zu lange dauern, „wenn einer unserer Rätthe dazu einen neuen Plan erst

<sup>74</sup> Ebd. Vorrede.

<sup>75</sup> Johann Schütz, Die Kriminalgesetzgebung des Fürstbischofs Franz Ludwig von Erthal, in: Renate Baumgärtel-Fleischmann (Hrsg.), Franz Ludwig von Erthal. Fürstbischof von Bamberg und Würzburg 1779–1795 (Ausstellungskatalog Bamberg 1995) 318–323.

ausdenken, solchen entwerfen, und nach und nach ausgeführt bey der Regierung in Berathschlagung nehmen lassen sollte“. Deshalb sei der 1782 publizierte Entwurf eines Strafgesetzbuchs aus der Feder des mecklenburgischen Kriminalisten Johann Christoph Quistorp von dem Bamberger Hof- und Regierungsrat Mathäus Pflaum passend für die Fürstbistümer Würzburg und Bamberg umzuarbeiten, innerhalb der Regierung zu diskutieren und sodann, versehen mit einem Hinweis auf Quistorp, zu veröffentlichen, um ihn der Kritik auszusetzen<sup>76</sup>. Alfred Sagstetter, der den 1792 publizierten Entwurf Pflaums hinsichtlich seiner Entstehungsgeschichte und seines – natürlich nicht nur auf Quistorp gestützten – Inhalts 1951 analysiert hat, bezeichnete Erthal als einen „Anhänger des Naturrechts und ... Vertreter des aufgeklärten Absolutismus“ – freilich im Rahmen seines geistlichen Amtes<sup>77</sup>. Deren Anliegen, nämlich den Bruch mit der theokratischen Strafauffassung, die Schaffung eines humanen, abgestuften und die Zwecke des Gesellschaftsvertrags berücksichtigenden Strafsystems, die Ausschaltung der richterlichen Willkür sowie die Herstellung der vernünftigen Verhältnismäßigkeit von Verbrechen und Strafen nach dem Kriterium des für die Gesellschaft entstandenen Schadens sah Sagstetter in dem Gesetzbuch weitgehend verwirklicht. Konkret hätte dies u. a. eine deutliche Einschränkung der Todes- und Leibstrafen, ein Vordringen der Freiheitsstrafe und damit verbunden des Besserungsgedankens bedeutet. Da durch Erthals Tod die Personalunion der beiden fränkischen Fürstbistümer verloren ging, Pflaum aber in Bamberg unter dem neuen Fürstbischof Buseck sogar zum leitenden Minister emporstieg, konnte er wenigstens für dieses Territorium seinen Entwurf unverändert in Kraft setzen<sup>78</sup>.

Auch Pflaum erschienen, wie Kreittmayr, allgemeine Sicherheit und Wohlfahrt die einzigen Zwecke des Gesellschaftsvertrages zu sein, so daß individuelle Rechte in den Hintergrund treten mußten. Selbst dieses Gesetzbuch, obwohl erst seit 1796 in Geltung, war also noch ganz geprägt von dem, wie Sagstetter sich ausdrückte, „polizeistaatlichen Absolutismus“<sup>79</sup>. Die Nichtbefolgung eines landes-

<sup>76</sup> Zit. nach Vorrede des Verfassers v. 3. 6. 1792, in: *Mathäus Pflaum*, Entwurf zur neuen Bambergischen peinlichen Gesetzgebung (Bamberg 1792). Die folgenden Angaben zu Paragraphen beziehen sich auf diesen Entwurf. Für ihre Hilfe im Zusammenhang mit den folgenden Abschnitten danke ich meiner Mitarbeiterin, Frau Dr. Annerose Menninger.

<sup>77</sup> *Alfred Sagstetter*, Der Pflaumsche Entwurf zur neuen Bambergischen peinlichen Gesetzgebung von 1792 (Diss. jur. Mainz 1949), in: 90. Bericht des Historischen Vereins für die Pflege der Geschichte des ehemaligen Fürstbistums Bamberg, Jahrbuch für 1950 (Bamberg 1951) 1–91, hier zit. 22f. Was Naturrecht (bzw. spezifischer: Vernunftrecht) im Bereich des Strafrechts überhaupt bedeute, konnte freilich auch im Rahmen des Symposiums nicht eindeutig geklärt werden. Weiterführend dürfte hier aber der Hinweis von Diethelm Klippel auf das „natürliche“ oder „philosophische Strafrecht“ sein, das sich um 1800 entfaltete: *ders.*, Die juristischen Zeitschriften im Übergang vom 18. zum 19. Jahrhundert, in: *Michael Stolleis* (Hrsg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.–20. Jahrhunderts (Ius commune, Sonderheft 128, Frankfurt a. M. 1999) 15–39*, hier 39 mit Anm. 50 (Hinweis auf die Lehrbücher von Kleinschrod, Grolmann und Feuerbach).

<sup>78</sup> *Sagstetter*, Entwurf bes. 14ff., 26ff. Die Inkraftsetzung wurde am 30. 12. 1795 verkündet (ebd. 31), trat aber – was Sagstetter übersieht – laut § 3 erst drei Wochen später in Kraft.

<sup>79</sup> Ebd. 37. Vgl. *Klippel*, *Freiheit* 135ff., bes. 141.

herrlichen Befehls, auch nur dessen erkennbare Verachtung stellte ein schweres Verbrechen dar, das selbst beim einfachen Untertanen „mit einer zum besten der öffentlichen Anstalten zu verwendenden Geldbuße, oder Gefängnisse auch Zuchthausstrafe“ (Tit. 1, § 69) geahndet werden konnte. Immerhin rückte die persönliche Freiheit als Rechtsgut *vor* Eigentum und Ehre. Da laut Pflaum die „bürgerliche Freiheit unter dem wohlthätigen Beistande der Gesetze ... unter die ersten Vorzüge des Menschen zu zählen“ sei, galt ihm Menschenraub als besonders schweres Delikt (Tit. 1, § 128). Im übrigen zählte er sogar Entführung und Notzucht zu den Freiheitsberaubungen, nicht zu den Sittlichkeitsdelikten<sup>80</sup>. Aber auch wer eine Ehe brach, sich selbst das Leben nahm oder „die Eigentumsrechte, so die Natur und das bürgerliche Gesetz verteilt haben“ mißachtete, verletzte damit den Staat ebenfalls<sup>81</sup>. Desgleichen gab bei Religions- und Sittlichkeitsdelikten fast ausschließlich die „Rücksicht auf das gemeine Beste“ den Ausschlag: Gotteslästerung galt Pflaum als Störung der bürgerlichen Ordnung, Ketzerei dagegen als „kein Fehler des Willens, sondern des Verstandes“, den er nicht bestrafen wollte<sup>82</sup>. Man wolle Nichtkatholiken keineswegs „einiger Verachtung oder Mißhandlung“ aussetzen, versicherte er bzw. der Fürstbischof in dem Paragraphen „Wann die Ketzerey zu bestrafen sey“, jedoch „solche Leute, wenn durch ihr Betragen die öffentliche Ruhe gestört, und entweder gar ein Aufruhr, oder sonst ein in Unserm Gesetzbuche beschriebenes Staatsverbrechen zu Stand käme, mit der auf diese Verbrechen verordneten Strafe“ belegen (Tit. 1, § 228). Selbst Zauberei oder Hexerei blieben ungeahndet, sofern nicht „durch verborgene Künste“ ein Schaden entstanden sei (Tit. 1, § 227)<sup>83</sup>.

Der richterlichen Willkür dagegen sagte das Bamberger StGB den Kampf an. Sein Ziel war eine möglichst lückenlose Gesetzgebung und eine strengstmögliche Bindung des Richters an den Willen des Gesetzgebers. Das vorliegende Gesetzbuch wurde grundsätzlich zur einzigen Strafrechtsquelle im Fürstbistum erklärt (Tit. 1 § 1) und sollte „ohne Unterschied des Standes, Gewerbes und der Lebensart ... mithin ganz allgemein verbindlich“ sein (Tit. 1, § 2)<sup>84</sup>. Gegen Pflaums eigentliche Intention dekretierte Tit. 1 § 5 sogar die „Aufhebung aller eigenmächtigen Ausdehnung und Erklärung der Strafgesetze“ und überhaupt das Verbot, „von dem Buchstaben des Gesetzes abzugehen“<sup>85</sup>. Als Verbrechen sollten nur diejenigen freien Handlungen oder Unterlassungen gelten, welche dem vorliegenden Gesetzbuch oder künftigen landesherrlichen Strafgesetzen zuwider wären (Tit. 1, § 9) – eine Art „*nullum crimen sine lege*“. Um nicht „die Furcht vor den Gesetzen

<sup>80</sup> *Sagstetter*, Entwurf 42 mit Zitat vom 3. 2. 1789.

<sup>81</sup> Ebd. 43 mit Zitat Pflaum v. 17. 2. 1789, 48f. Beim Selbstmord lautete die Begründung, es sei keinem einzelnen Mitglied des Staates erlaubt, sich von der Gesellschaft loszusagen.

<sup>82</sup> Ebd. 46f. mit Zitat Pflaum vom 1. 12. 1789.

<sup>83</sup> Das entsprach schon dem Entwurf Quistorps. Bei dem Tatbestand der Wahrsagerei ging Pflaum eigene Wege. Ebd. 90.

<sup>84</sup> Bei einigen geringeren Verbrechen wurde Standespersonen jedoch statt mit Zuchthaus mit u. U. verdoppeltem Festungsarrest bestraft, um ihnen den Schandpfahl zu ersparen, der sie nach Pflaums Ansicht härter getroffen hätte als einen gemeinen Verbrecher. Ebd. 58f.

<sup>85</sup> Vgl. ebd. 51 ff.

zu vermindern“, wurde sogar das landesherrliche Begnadigungsrecht angesichts der angeblichen Milde und Ausführlichkeit der neuen Gesetze für überflüssig erklärt, allerdings mit der charakteristischen Einschränkung, daß „das Wohl des Staates“ die Erhöhung eines Gnadengesuchs nötig machen könne (Tit. III, § 78). Ebensovienig konsequent wurden den Richtern teilweise absolute Strafen vorgeschrieben, teilweise aber auch große Ermessensspielräume eröffnet<sup>86</sup>.

Da das Gesetzbuch aber mehrere Strafzwecke gleichzeitig verwirklichen wollte, konnte die von Pflaum gewünschte Humanisierung der Strafen nicht in vollem Umfang durchgesetzt werden. Jedenfalls sollte die Gesellschaft durch die Strafe etwas gewinnen – wenn auch keinesfalls auf Kosten eines Unschuldigen – und nicht etwas verlieren, weshalb Landesverweisung (außer als Sicherungsmittel) und Güterkonfiskation entfielen. Im Sinne Pflaums lag es indessen, durch den Strafvollzug potentielle Delinquenten abzuschrecken. Deshalb mußten die – durchweg mit dem Schwert vollzogenen – Todesstrafen sowie körperliche Züchtigungen öffentlich durchgeführt werden. Stark betonte er daneben den Zweck der Besserung des Täters, der vor allem die Trennung von Zucht- und Arbeitshaus dienen sollte. Die Nachhaft, etwa bei versuchtem Aufruhr (Tit. I, § 77), war dagegen – anders als die Einweisung ins Arbeitshaus, die vornehmlich den durch das Delikt verursachten Schaden wiedergutmachen sollte – eindeutig ein Element des Sicherungsgedankens, den Fürstbischof Erthal stark betonte<sup>87</sup>.

Lag dies schwerlich auf der Linie des zeitgenössischen Naturrechts, so bemühten sich zahlreiche verfahrensrechtliche Bestimmungen – trotz der grundsätzlichen Beibehaltung des Inquisitionsprozesses – um die Sicherung der individuellen Freiheit. So war der Inquisit anständig zu behandeln und der Fürstbischof beschloß, „das barbarische Mittel, durch Schmerzen oder andere zugefügte Uebel Jemand zum Bekenntnisse der Wahrheit bringen zu wollen, oder den Gebrauch der Folter hiermit gänzlich auf[zuh]eben“. Dieses „trügliche Mittel“ sollte nicht einmal mehr zur Ermittlung von Mittätern Anwendung finden (II, § 93). Ganz verschwand es aber doch nicht. Falls nämlich ein Inquisit Angaben zu seiner Person verweigerte, „den göttlichen Namen schändlicher Weise mißbrauchet, oder durch grobe Unwahrheiten und Widersprüche dem Gerichte gleichsam spottet“, war er nach Anfrage beim Obergericht mit verschärftem Gefängnis „allenfalls bey Wasser und Brod von einigen Tagen oder mit einigen Schlägen zu bestrafen“ (III, § 38)! So wird man auch bei dieser Kodifikation sagen können, daß sie das Naturrecht ihrer Zeit nur partiell rezipierte.

„Der Einfluß des Naturrechts auf die Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts“, so schrieb Helmut Coing 1985, „ist unzweifelhaft bedeutend gewesen“<sup>88</sup>. Mit meinen bescheidenen Kenntnissen will ich einem Altmeister der Rechtsgeschichte ungerne direkt widersprechen. Aber nach allem, was ich gelesen habe, würde ich es etwas vorsichtiger und differenzierter formulieren.

<sup>86</sup> Ebd. 70 f.

<sup>87</sup> Ebd. 54 ff.

<sup>88</sup> Coing, *Privatrecht* 74.

*Wilhelm Brauneder*

## Vom Nutzen des Naturrechts für die Habsburgermonarchie

Der Stellenwert des Naturrechts für die staatliche Ausformung Preußens wie der Habsburgermonarchie wird üblicherweise hoch eingeschätzt: Das Naturrecht sei, um nur eine dieser Bemerkungen zu zitieren, „vornehmlich in Preußen und Österreich ... nahezu zur Staatsdoktrin erstarkt“<sup>1</sup>. Dies soll in der Folge für die Habsburgermonarchie näher beleuchtet werden.

### I. Vermittler und Träger des Naturrechts

Vorerst sei einmal nach der Vermittlung des Naturrechts im universitären Unterricht, nach seinen Vertretern und der Einstellung der Monarchen gefragt.

Lehrkanzeln für Naturrecht wurden ab 1716 an den österreichischen Universitäten eingerichtet<sup>2</sup>. Den Anfang machte Freiburg/Breisgau eben im Jahre 1716; Lehrkanzelinhaber war Johann Siegmund Stapf, 1735 erschien sein „Ius naturae et gentium“ (Mainz). Zum Vergleich sei auf die Universität Salzburg verwiesen, die nahezu gleichzeitig, 1718, eine Naturrechtslehrkanzel erhielt, und zwar besetzt mit Franz Schmier<sup>3</sup>. Als Salzburg erst nach knapp 100 Jahren zu Österreich kam, war die Universität bereits in der bayerischen Zeit 1810/11 geschlossen worden.

<sup>1</sup> *Christoph Link*, Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten 12, Wien, Köln, Graz 1979) 117.

<sup>2</sup> Grundsätzlich *Gunter Wesener*, Römisches Recht und Naturrecht (Publikationen aus dem Archiv der Universität Graz 9, Geschichte der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 1, Graz 1978) 125 ff., im folgenden zitiert: *Wesener*, Römisches Recht; besonders auch *Hans Lentze*, Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein (Graz, Wien, Köln 1962) 45 ff., im folgenden zitiert: *Lentze*, Universitätsreform.

<sup>3</sup> *Peter Putzer*, Aspekte der Wissenschaftspflege an der Alten Salzburger Juristenfakultät, in: Festschrift Universität Salzburg 1622 - 1962 - 1972 (Salzburg 1972) 134, 146; *ders.*, Ius naturae an der Salzburger Barockuniversität, in: *Dorothea Mayer-Maly*, *Peter M. Simons* (Hrsg.), Das Naturrechtsdenken heute und morgen. Gedächtnisschrift für René Marcic (Berlin 1983) 117 ff., v. a. 131 ff.; *ders.*, Franz Schmier 1679-1718, in: *Wilhelm Brauneder* (Hrsg.), Juristen in Österreich 1200-1980 (Wien 1987) 63 ff., 394 f., im folgenden zitiert: *Brauneder*, Juristen.

Die nächste Lehrkanzeln an einer österreichischen Universität erhielt nach Freiburg/Breisgau Innsbruck 1733, besetzt mit Paul Joseph Riegger<sup>4</sup>, danach Prag 1748 mit Johann Franz von Bourguignon, sodann Wien 1753, wohin Riegger aus Innsbruck berufen wurde, knapp darauf folgte ihm Karl Anton von Martini<sup>5</sup>. Zu diesem Zeitpunkt, nämlich ab 1751, liefen übrigens bereits die Arbeiten an der naturrechtlichen Privatrechtskodifikation<sup>6</sup>. Graz schließlich erhielt 1778 seine Naturrechtslehrkanzeln, besetzt mit Franz Aloys Tiller<sup>7</sup>.

Zu diesen Lehrkanzeln bzw. ihrer Besetzung ist folgendes festzuhalten: Wie an der Benediktiner-Universität Salzburg Schmier vor allem Kanonist war, so hatte die Wiener Lehrkanzeln nicht nur Naturrecht zu betreuen, sondern auch die Institutionen-Vorlesung. Der Grazer Fachvertreter Tiller trat nicht etwa mit einer Naturrechtsdarstellung hervor, sondern mit seinem „Sistem der bürgerlichen Rechtslehre“, deren voller Titel darauf hinweist<sup>8</sup>, daß es auf dem Gemeinen Recht und auch schon auf dem 1786 in Kraft getretenen Teil-ABGB beruhe, was tatsächlich so auch der Fall ist: Es finden sich hier keinerlei Spuren des Naturrechts, nicht einmal bei der Darstellung des Zwecks der Gesetze oder bei jener der Auslegungsprinzipien. Insgesamt konnte eine besonders hervorragende Rolle dem Naturrechts-Unterricht an den österreichischen Universitäten wie auch an jener in Salzburg schon daher kaum zukommen.

Diesen Schluß aus den Lehrkanzeln und ihren ersten Besetzungen stützen voll auf die österreichischen Studienordnungen. In dem in stets vier Jahrgänge gegliederten Studium der Rechtswissenschaften findet sich seit der Studienordnung 1774 bis hin zur Studienordnung von 1811 das Naturrecht stets im ersten Jahrgang, allerdings neben anderen Fächern oder gar mit solchen kombiniert<sup>9</sup>, wie 1774 neben der Geschichte des Römischen Rechts und den Institutionen, 1788/89 vereint in einem Fach mit Allgemeinem Staatsrecht und Völkerrecht neben Strafrecht und Kirchengeschichte, die 1790/91 durch Deutsche Rechtsgeschichte ersetzt wurde, diese dann 1805 durch eine Europäische Staatenkunde, wobei es auch 1811 verblieb, so daß nunmehr im ersten Jahrgang unterrichtet wurden: Natur-

<sup>4</sup> Rudolf Palme, Paul Joseph Riegger 1705 – 1775, in: *Brauneder, Juristen* (wie Anm. 3) 67 ff., 346f.

<sup>5</sup> Hans Schlosser, Karl Anton Freiherr von Martini zu Wasserberg 1726–1800, in: *Brauneder, Juristen* (wie Anm. 3) 77 ff., 336f.; Christian Neschwara, Karl Anton von Martini 1726–1800, in: Michael Stolleis (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (München 2001) 422 ff., im folgenden zitiert: *Stolleis, Juristen*.

<sup>6</sup> Dazu unten III.

<sup>7</sup> Gunter Wesener, Franz Aloys Tiller 1742–1797, in: *Brauneder, Juristen* (wie Anm. 3) 55 ff., 362.

<sup>8</sup> *Fr(anz) Aloys Tiller, Sistem der bürgerlichen Rechtslehre, aus dem sammentlichen römischen Rechte, mit Bezug auf die österreichischen Gesetze, sonderlich aber auf das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. In drey Büchern vorgestellt* (Grätz 1787–1789).

<sup>9</sup> Waltraud Heindl, Gehorsame Rebellen. Bürokratie und Beamte in Österreich 1780 bis 1848 (Studien zu Politik und Verwaltung 36, Wien, Köln, Graz 1991) 128 f.; Kurt Ebert, Die Grazer Juristenfakultät im Vormärz (Grazer rechts- und staatswissenschaftliche Studien 22, Graz 1969) 35 ff., v. a. 46 ff., im folgenden zitiert: *Ebert, Grazer Juristenfakultät*.

liches Privatrecht, Natürliches öffentliches Recht, Europäische Staatenkunde, Österreichische Staatenkunde und Strafrecht. Die Rolle des Naturrechts nach dieser Studienordnung wurde zeitgenössisch wie folgt beschrieben: „Das Naturrecht wird bei jedem Fachkenner gewiß den ersten Platz behaupten. Ohne einer gründlichen Kenntniß desselben ist der Erfolg in den übrigen Rechtszweigen unmöglich, und jede Ausbildung in irgend einem einzelnen Fache einseitig. Der Professor des Naturrechts bildet die Schüler zu jungen Männern, die ihrem künftigen Berufe entsprechen sollen, er gibt ihnen den Leitfaden einer richtigen Beurteilung an die Hand.“<sup>10</sup> Hiezu ist in Betracht zu ziehen, daß die österreichischen Universitäten aufgrund eines Gutachtens van Swietens<sup>11</sup> mit einer ganz spezifischen Aufgabe bedacht worden waren. Während nach van Swieten Göttingen „eine lehrende Akademie der Wissenschaft“ mit „Gelehrten von größtem Ruf“ sei, um den „Zulauf des Ausländers zu vergrößern“, und zwar der Staatseinkünfte wegen, sollten die österreichischen Universitäten einer „allgemeinen Nationalerziehung“ dienen, das heißt pflichtgetreue Bürger heranbilden sowie Beamte für die verschiedenen Verwaltungszweige bzw. „Männer für die Ratsstube (und) für das Kabinett“, wozu eine Unterrichtung in den „vaterländischen, zum ganzen Plan der Staatsverfassung einstimmenden Grundsätzen und Gesinnungen“ gehöre. Um dies zu gewährleisten, wurden die als Lehr- und Lernunterlage dienenden Bücher vorgeschrieben. Für das Naturrecht waren dies Martinis „Positiones de lege naturali“ (1762) sowie seine „Positiones de iure civitatis“ (1768) bzw. statt diesen sein „Lehrbegriff des Naturrechts“ (1799). An die Stelle des ersteren Titels trat 1805 Zeillers „Natürliches Privatrecht“ und blieb bis 1848 vorgeschrieben, ebenso der zweite Titel Martinis, er wurde allerdings ab 1809/10 in der Bearbeitung durch Franz von Egger<sup>12</sup> gebraucht. Dazu kamen von Sonnenfels „Grundsätze der Polizey-, Handlungs- und Finanzwissenschaft“ sowie „Über den Geschäftsstyl“<sup>13</sup>.

Der tatsächliche Lehrbetrieb<sup>14</sup> lief freilich weniger steril oder stereotyp ab, als man aus den Studienordnungen und den vorgeschriebenen Lehrbehelfen erschließen würde. Schon die Ablöse der Martinischen Bücher durch jene von Zeiller

<sup>10</sup> Kurt Ebert, Der Einfluß Franz v. Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichts. Die Reform des Rechtsstudiums im Jahre 1810, in: Walter Selb, Herbert Hofmeister (Hrsg.), Forschungsband Franz von Zeiller (1751–1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten 13, Wien, Graz, Köln 1980) 86.

<sup>11</sup> Waltraud Heindl, Bildung und Recht. Naturrecht und Ausbildung der staatsbürgerlichen Gesellschaft in der Habsburgermonarchie, in: Thomas Angerer, Brigitte Bader-Zaar, Margarete Grandner (Hrsg.), Geschichte und Recht. Festschrift für Gerald Stourzh zum 70. Geburtstag (Wien, Köln, Weimar 1999) 188, im folgenden zitiert: Heindl, Bildung und Recht.

<sup>12</sup> Gerhard Oberkofler, Franz von Egger 1765–1851, in: Brauneder, Juristen (wie Anm. 3) 113 ff., 315 f.; Wesener, Römisches Recht (wie Anm. 2) 27.

<sup>13</sup> Wesener, Römisches Recht (wie Anm. 2) 127; Ebert, Grazer Juristenfakultät (wie Anm. 9) 50 f.; Wilhelm Brauneder, Leseverein und Rechtskultur. Der Juridisch-politische Leseverein zu Wien 1840 bis 1990 (Wien 1992) 56 ff., im folgenden zitiert: Brauneder, Leseverein.

<sup>14</sup> Zum Folgenden ebd. 57 f.

beziehungsweise durch ihre Bearbeitung von Egger<sup>15</sup> brachte Änderungen, vor allem aber benützte man in den Jahren vor 1848 statt der Werke von Sonnenfels bereits gerne das Rotteck-Welcker'sche Staatslexikon. Dazu kam noch ein weiteres: Der vorgetragene Stoff mußte sich durchaus nicht mit den Lehrbüchern decken, diese bildeten oftmals den Anknüpfungspunkt zur Erläuterung eigener, neuer Ansichten. So las beispielsweise Zeiller 1801/02 Allgemeines Staatsrecht „nach Martini“, aber doch, wie eine Vorlesungsmitschrift erweist<sup>16</sup>, mit Abweichungen: War bei Martini der Gesellschaftsvertrag als historische Realität eingestuft, so bei Zeiller als eine „Idee“. Diese Art des Umgangs mit den vorgeschriebenen Büchern fand sich durchaus auch in anderen Fächern.

Was die Vertreter des Naturrechts im akademischen Unterricht anlangt, so fällt eine starke Lehrer-Schüler-Kette auf. Riegger<sup>17</sup> hatte vor allem in Freiburg/Breisgau studiert, dann eigens noch in Leiden, um dort bei Johann Jakob Vitriarius Natur- und Völkerrecht zu hören. Riegger gilt als Hersteller des theoretischen Unterbaus für die josephinischen Staatskirchenreformen. Vor allem aber war er der *Lehrer Martinis*<sup>18</sup>. Bei diesem zeigte sich Rieggers Erbe wohl in der starken historischen Komponente seines Naturrechtsdenkens. Auf Rieggers Empfehlung erhielt Martini 1754 die Lehrkanzel für Naturrecht und Institutionen in Wien. Unter seinen zahlreichen Schülern sticht besonders sein Lehrkanzelnachfolger, 1774 als Supplent und seit 1782 als Professor, Franz von Zeiller hervor<sup>19</sup>. Ein Martini-Schüler war weiters Sonnenfels<sup>20</sup> sowie neben ihm und Zeiller weitere Mitglieder der Gesetzgebungskommissionen wie Froidevo, Kees und Johann Bernhard Horten<sup>21</sup>, der den Codex Theresianus entscheidend zum Entwurf Horten

<sup>15</sup> Zu ihr *Gerhard Oberkofler*, Die Verteidigung der Lehrbücher von Karl Anton von Martini (1726–1800) und Franz von Zeiller (1751–1828). Eine Studie über das österreichische Juristenmilieu im Vormärz, in: *ders.*, Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft (Rechtshistorische Reihe 33, Frankfurt/Main u.a. 1984) 9 ff.

<sup>16</sup> *Herbert Hofmeister*, Bürger und Staatsgewalt bei Franz v. Zeiller. Erörterungen zu Zeillers Staatsrechtslehre anhand einer Vorlesungsmitschrift aus 1802, in: *Diritto e potere nella storia europea* (Firenze 1982) 1015, im folgenden zitiert: *Hofmeister*, Bürger.

<sup>17</sup> *Eckhart Seifert*, Paul Joseph Riegger (1705–1775). Ein Beitrag zur theoretischen Grundlage des josephinischen Staatskirchenrechts (Schriften zur Rechtsgeschichte 5, Berlin 1973) 41 f.

<sup>18</sup> Ebd. 345 ff.; *Rudolf Palme*, Der naturrechtliche Hintergrund Martinis, in: *Heinz Barta*, *Rudolf Palme*, *Wolfgang Inghenbaeff* (Hrsg.), Naturrecht und Privatrechtskodifikation. Tagungsband des Martini-Colloquiums 1998 (Wien 1999) 125, im folgenden zitiert: *Barta*, *Palme*, *Inghenbaeff*, Naturrecht; *Hans von Voltolini*, Die naturrechtlichen Lehren und die Reformen des 18. Jahrhunderts, in: *Historische Zeitschrift* 105 (1910) 71 f., im folgenden zitiert: *Voltolini*, Die naturrechtlichen Lehren; *Ignaz Beidtel*, Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung I, hrsg. v. *Alfons Huber* (Innsbruck 1896) 100.

<sup>19</sup> Zu ihm Lit. nach *Gerhard Oberkofler*, Franz Anton Felix von Zeiller 1751–1828, in: *Brauneder*, Juristen (wie Anm. 3) 97 ff., 374 f.; *Gerald Kohl*, Franz von Zeiller (1751–1828), in: *Stolleis*, Juristen (wie Anm. 5) 687 ff.

<sup>20</sup> Zu ihm u.a. Lit. nach *Wilhelm Brauneder*, Joseph von Sonnenfels (1732/34–1817), in: *Stolleis*, Juristen (wie Anm. 5) 592 ff.

<sup>21</sup> *Roderich Stintzing*, *Ernst Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft 3/1:

umarbeitete, von dem der erste Teil in Kraft trat, nämlich das sogenannte Teil-ABGB, sowie ein anderer Abschnitt als Erbfolgepatent, beide 1786. Mit diesen seinen Schülern nahm Martini indirekt Einfluß auf die Kodifikationsarbeiten neben dem direkten Einwirken durch seinen Gesetzentwurf. Kees vertrat beispielsweise als Hofrat der Obersten Justizstelle ganz entschieden aufgeklärtnaturrechtliche Ideen im Zuge der Jakobinerprozesse um 1795<sup>22</sup>. Bereits ein Schüler von Zeiller und Sonnenfels war der schon als Martini-Bearbeiter<sup>23</sup> erwähnte Franz von Egger, der 1803 Zeillers Lehrkanzel-Nachfolger wurde und auch dessen Naturrechts-Lehrbuch bearbeitete.

Unter den Naturrechtsvertretern bilden Martini, Sonnenfels und Zeiller das zentrale Dreigestirn durch ihre theoretischen Grundlagen wie praktischen Tätigkeiten. Für Voltolini ist Martini der „Prophet der deutschen naturrechtlichen Schule in Österreich“, für Thomann ein Wolff-Schüler *par excellence*, was Martini selbst zugab, nämlich mit dem Ausspruch „In der That ist Wolffens Methode die schicklichste“<sup>24</sup>. Wie Wolff sah auch Martini den Staatszweck in der *salus publica*, folgerte aber daraus weitergehende, konkrete Befugnisse des Staates bis hin zur Überwachung der elterlichen Gewalt oder des Gesindedienstverhältnisses<sup>25</sup>. Dies setzte er auch um: Nachdem der Entwurf Horten den Gesindedienstvertrag nur teilweise geregelt hatte, fand er volle Aufnahme in den Entwurf Martini und in das galizische Zivilgesetzbuch. Mit Wolff teilte Martini die Ansicht, die „natürlichen Gesetze“ könnten auch durch „neue Verordnungen nicht außer Übung kommen“, was sich gleichfalls im Entwurf Martini und im galizischen Zivilgesetzbuch niederschlug: „Diese Naturrechte bleiben unverändert auch im Kreise der bürgerlichen Gesellschaft.“<sup>26</sup> Martinis Lehren hatten eine derart praxisgerichtete Bedeutung auch für die Staatsgestaltung<sup>27</sup>. Mit seiner Ablehnung sowohl der Lehre von der „Majestas personalis et realis“ wie auch der Lehre von der Volkssouveränität sowie der Ansicht, der Staatsvertrag diene gleichzeitig als „Vereinigungs- (wie) als Unterwerfungsvertrag“<sup>28</sup> und übertrage daher die Staatsgewalt nur an den Monarchen, folgte die Ablehnung einer mitregierenden Bedeutung der Stände, denen aus diesen Erwägungen höchstens eine beratende Funktion zukommen konnte. Es folgte daraus aber auch die Hinfälligkeit von Krönung, Erbhuldigung und

Das Zeitalter des Naturrechts (München, Leipzig 1898, Neudruck 1978) 521 f.; zur Gesetzgebungsgeschichte siehe unten III.

<sup>22</sup> Ernst Wangermann, Von Joseph II. zu den Jakobinerprozessen (Wien, Frankfurt, Zürich 1966) 207, im folgenden zitiert: Wangermann, Joseph II.

<sup>23</sup> Oben bei Anm. 12.

<sup>24</sup> Voltolini, Die naturrechtlichen Lehren (wie Anm. 18) 71; Marcel Thomann, Christian Wolff, in: Michael Stolleis (Hrsg.), Staatsdenker in der Frühen Neuzeit (München 31995) 279 f.

<sup>25</sup> Voltolini, Die naturrechtlichen Lehren (wie Anm. 18) 101 f.

<sup>26</sup> Dazu unten III.

<sup>27</sup> Voltolini, Die naturrechtlichen Lehren (wie Anm. 18) 89 ff.

<sup>28</sup> Karl von Martini, Allgemeines Recht der Staaten. Zum Gebrauch der öffentlichen Vorlesungen in den k.k. Staaten (Wien 1799) 153, § 371.

ähnlichem Zeremoniell bzw. deren nicht konstitutiver Charakter. Die laufende Zurückdrängung der Landstände in den deutschen Erbländern fand damit eine theoretische Bestätigung, im Hinblick auf Ungarn und Belgien legitimierte sie die angestrebte Zurückdrängung oder gar Beseitigung der Stände. Martinis Ansicht der naturrechtlichen Gleichheit sowie seine Auffassung, Privilegien und damit der privilegierte Adelsstand beruhten ausschließlich auf Majestätsrecht, legitimierten weiters die Idee eines gleichen, für alle geltenden und für alle verständlichen Rechts, im Detail die Aufhebung oder wenigstens die Schmälerung der Adelsvorrechte wie überhaupt die Beseitigung der intermediären Gewalten vor allem unter Joseph II. Dazu trug bei, daß Martini auch als Prinzenzieher fungierte: Möglicherweise hat er von den späteren Kaisern Joseph II. unterrichtet, sicherlich jedenfalls Leopold II. Im Zuge der Arbeiten an der Privatrechtskodifikation schuf Martini die erste moderne Zivilrechtskodifikation, das galizische Zivilgesetzbuch, und legte damit auch die Grundlage zum ABGB 1811 (siehe unten III).

Wie Martini hat auch Zeiller einerseits eine Darstellung des Naturrechts verfaßt – „Das natürliche Privatrecht“ (1805) – und nahm andererseits Einfluß auf die Entwicklung der Privatrechtskodifikation<sup>29</sup>. Allerdings gibt es zwar einen Entwurf Martini, aber keinen Entwurf Zeillers: Während die Kodifikationsarbeiten nach dem Teil-ABGB 1786 neu begonnen wurden und zum Entwurf Martini führten, lag nun dieser in der Fassung des galizischen Zivilgesetzbuches als „Urentwurf“ den weiteren Arbeiten zugrunde, sie wurden überdies in der Gesetzgebungskommission nicht allein von Zeiller besorgt. In den Beratungen des Urentwurfs von 1801 bis 1810 nahm Zeiller Einfluß<sup>30</sup> auf die Gliederung des ABGB, seine Beschränkung auf rein privatrechtliche Materien, die Ablehnung der Aufnahme provinzialrechtlicher Besonderheiten in das Gesetz ebenso wie die der Fortgeltung privatrechtlicher Provinzialgesetze neben dem ABGB – womit im Gegensatz zum ALR das ABGB nicht etwa in einzelnen Provinzen unterschiedlich subsidiär galt – sowie schließlich auf einzelne Bestimmungen. Die konkreten inhaltlichen Einflüsse reichen wohl nicht an die Martinis heran, doch hatte Zeiller insgesamt den Charakter des Gesetzbuches entscheidend, und zwar durchaus naturrechtlich, geprägt. Dazu kam noch, daß er seine Nutzenanwendung in besonderer Weise förderte<sup>31</sup>, nämlich durch die allein von ihm verfaßten Marginalrubriken, das gleichfalls allein von ihm erstellte amtliche Sachregister und schließlich vor allem dadurch, daß er den ersten Kommentar zum ABGB schrieb. Zeiller erläuterte übrigens das ABGB nochmals in seinem sogenannten „Zweiten Kom-

<sup>29</sup> Zu ihm wie Anm. 19.

<sup>30</sup> Zum Folgenden *Wilhelm Brauneder*, Kommentare und Bemerkungen Franz v. Zeillers zum ABGB zwischen 1809 und 1822, in: *ders.*, Studien II: Entwicklung des Privatrechts (Frankfurt/Main u.a. 1994) 31 ff., im folgenden zitiert: *Brauneder*, Kommentare.

<sup>31</sup> *Wilhelm Brauneder*, Gesetzeskenntnis und Gesetzessprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie, in: *ders.*, Studien I: Entwicklung des Öffentlichen Rechts (Frankfurt/Main u.a. 1994) 534 ff., im folgenden zitiert: *Brauneder*, Gesetzeskenntnis.

mentar<sup>32</sup>, in dem er sich weniger positivistisch als in seinem Hauptkommentar zeigt, eher mehr als Vertreter des Naturrechts, dem das Gesetz kein Korsett, sondern Richtschnur und Rahmen ist. Zeillers Einfluß auf die praktische Gestaltung der Rechtsordnung der Habsburgermonarchie beschränkte sich freilich nicht bloß auf das Privatrecht. Sein „Natürliches Privatrecht“ erschien zwar 1819 noch in dritter erweiterter Auflage, aber seine legislativen Tätigkeiten betrafen nun nur mehr das Strafrecht, 1823 und 1825 legte er Änderungsentwürfe zum Strafgesetz 1803 vor, 1824 hatte er Strafrechtsprobleme erörtert<sup>33</sup>. In seine Gesetzgebungsarbeiten ließ Zeiller auch theoretische Überlegungen besonderer Art einfließen, nämlich solche, die, modern gesprochen, eine Gesetzgebungslehre bilden<sup>34</sup>.

Was schließlich Sonnenfels anlangt, so beeinflussten seine Lehren und sein Wirken weniger in inhaltlicher als in formaler Weise die Ausgestaltung der Rechtsordnung der Habsburgermonarchie. Dies trifft einmal auf seine im Zusammenhang mit der neu formulierten Rechtssprache beeinflusste Gesetzgebungslehre zu<sup>35</sup>, die er erstmals 1771 in der kleineren Schrift „Ueber die Liebe des Vaterlandes“ und dann vor allem in „Ueber den Geschäftsstyl“ (1784, insbesondere 2. Auflage 1785) entwickelte, sowie in ihrer praktischen Anwendung auf seinen Einfluß hinsichtlich der konkreten Sprache der Gesetze, die konkret zu überprüfen ihm oblag. Der geringere inhaltliche Einfluß von Sonnenfels auf die Rechtsordnung erfolgte durch seine Vorschläge zu einer Kodifikation oder wenigstens Kompilation des Verwaltungsrechts in einem „Politischen Kodex“, der zwar nicht zustande kam, aber zu entsprechenden Darstellungen führte<sup>36</sup>.

An den künftigen Herrscher wurde Naturrecht vor allem in den Kronprinzenvorträgen herangetragen. Von Christian August von Beck hörte Joseph II. Erläuterungen zu folgenden Themen bzw. folgende Feststellungen: „Freiheit des Willens“; die Überschrift „Aller Menschen Richtschnur“ fährt fort mit den beiden folgenden „Ist die Vernunft“ bzw. „Oder das natürliche Gesetz“; weiters: „Die Pflichten der Menschen gegen sich selbst ... fließen aus einer vernünftigen Eigenliebe“, „Unsere Pflichten gegen andere gründen sich auf die natürliche Gleichheit“, „Die Menschen sind von Natur gesellig ... daher traten die Menschen bald ... in Gesellschaften“, „Von den äußerlichen Gebräuchen der Ehestiftung weiß das natürliche Recht ebensowenig als von der Herrschaft des Mannes über das Weib“<sup>37</sup>. Naturrechtliche Gedanken wurden dem künftigen Monarchen speziell

<sup>32</sup> Brauneder, Kommentare (wie Anm. 30) 36 ff.

<sup>33</sup> Ebd. 37.

<sup>34</sup> Brauneder, Gesetzeskenntnis (wie Anm. 31) 533 f.

<sup>35</sup> Ebd. 528 ff., 542.

<sup>36</sup> Siehe unten III.

<sup>37</sup> Hermann Conrad (Hrsg.), Recht und Verfassung des Reiches in der Zeit Maria Theresias. Die Vorträge zum Unterricht des Erzherzogs Joseph im Natur- und Völkerrecht sowie im Deutschen Staats- und Lehnrecht (Wissenschaftliche Abhandlung der Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen 28, Köln, Opladen 1964) 151–153, 158, 164, 192 f., 196.

zur Gesetzgebung vermittelt: Gesetze sollten „kurz, deutlich“ und „nicht in einer fremden oder wohl gar toten Sprache“ abgefaßt sein, da sie dann „nur wenige der Untertanen verstehen“ könnten<sup>38</sup>. Das eben sollte nicht der Fall sein, möglichst alle sollten die Gesetze kennen und befolgen. Joseph II. hatte den Unterricht im Naturrecht nicht nur passiv aufgenommen, sondern zeigte dafür ausgesprochenes Interesse, wohl mehr als Friedrich der Große<sup>39</sup>. Naturrechtliche Gedankengänge und Argumente fanden beispielsweise ihren Niederschlag in seinen Denkschriften<sup>40</sup>. In jener von 1765 interessiert hier die Ablehnung der Adelsvorrechte, der Patrimonialgerichtsbarkeit und das Eintreten für die „natürliche Gleichheit“. Die Auffassung vom Staat als eines Organismus mit dem Monarchen als Kopf schlug sich in seiner weiteren Denkschrift von 1783 nieder, wonach weiters „alle Provinzen der Monarchie nur ein ganzes ausmachen“.

In den vielfältigen tatsächlichen Bemühungen der Monarchen und der Naturrechtsvertreter um die entsprechende Kundmachung von Gesetzen, um einen einfachen Text, um dessen Aufbereitung durch Register und um seine einfachen bis detaillierten Erläuterungen zeigt sich, daß der Kronprinzenunterricht wie die Gesetzgebungslehre praktische Auswirkungen zeitigte<sup>41</sup>.

## II. Staatsreformen

Am 5. März 1788 wurde in Wien der von Johann Wilhelm Ludwig Gleim getextete, von Mozart vertonte „Deutsche Kriegsbesang“ KV 539 uraufgeführt<sup>42</sup>. Jede Strophe beginnt mit dem Wunsch „Ich möchte wohl der Kaiser sein“, worauf ausgeführt wird, was dieses „Ich“ sodann unternehmen würde, wie z.B. die Eroberung von Konstantinopel. In der letzten Strophe zeigt sich das „Ich“ aber völlig konzessionsbereit, wenngleich unter Bedingungen: „Ich möchte wohl der Kaiser sein, / wenn aber Joseph meinen Willen, / bei seinem Leben will erfüllen, / und sich darauf die Weisen freu'n, / so mag er immer Kaiser sein“! Der Herrscher, hier Joseph II., ist also nicht als Autokrat verstanden, der seinen beliebigen Willen durchsetzen darf, sondern der Vollstrecker des Willens der Allgemeinheit. Vollstrecker dieses Willens ist Joseph II. als Kaiser schlechthin, nicht etwa in seinen vielen Funktionen als mehrfacher Landesfürst, und kraft alleiniger Macht, nicht etwa gebunden an die Landstände. In dieser Gleim-Mozart'schen Sicht spiegelt sich die damalige Staatslehre wider. Ludwig August Hartberg etwa beantwortet seinen Buchtitel „Das zweitemal: Was ist der Staat?“ (Wien 1783) mit der Definition „Gesellschaft vieler Familien ... unter der Leitung eines einzigen Führer(s)“

<sup>38</sup> Ebd. 244 f.

<sup>39</sup> Voltelini, Die naturrechtlichen Lehren (wie Anm. 18) 73 ff.

<sup>40</sup> Ebd. 96; Heindl, Bildung und Recht (wie Anm. 11) 186.

<sup>41</sup> Vgl. unten IV.

<sup>42</sup> Ludwig Ritter von Köchel, Chronologisch-thematisches Verzeichnis sämtlicher Tonwerke Wolfgang Amadé Mozarts ... (Wiesbaden 1964) 612; zum Text vgl. beispielsweise <http://www.recmusic.org/lieder/g/gleim/deutsches.Kriegslied.html>.

und fährt fort: „Also beruhte der Staat auf der Führung und Leitung eines Einzigen. Es war also nur eine Macht, der alles im Staate untergeordnet seyn musste.“<sup>43</sup> Es entspricht dies anderen gängigen Staatsdefinitionen wie etwa der von Achenwall 1790<sup>44</sup>. Die Folge für die Habsburgermonarchie besteht nun darin, diese nicht nur, wie bis 1848 noch oftmals definiert, als eine Summe von „Staaten“ (nach damaligem Verständnis)<sup>45</sup> anzusehen, sondern darüber hinaus als ein einziges Staatswesen. Zumindest war damit das Ziel vorgegeben, die Habsburgermonarchie aus einer monarchischen Union von Staaten in einen Staat umzuwandeln, wie dies übrigens auch der Sicht der Merkantilisten<sup>46</sup> entsprach. Mit den Staats-, d.h. den Behörden- und Rechtsreformen ab 1749 war dieses Ziel um 1800 auch erreicht, freilich nur für den Komplex der nichtungarischen Länder, 1804 folgte die Taufe: Kaisertum Österreich<sup>47</sup>, der Name umschloß allerdings auch die ungarischen Länder.

Um 1800 war die Habsburgermonarchie für die Staatslehre überwiegend<sup>48</sup> ein einziger Staat ganz im Sinne des Naturrechts. Seinem „Österreichischen Staatsrecht“ stellte Gustermann 1793 in einer „Einleitung“ die allgemeine Feststellung voran, Staatsrecht sei „ein Innbegriff der Verbindlichkeiten und Rechte, welche Bürgern in Rücksicht auf die Verfassung, und Regierung der bürgerlichen Gesellschaft zukommen“: Diese Definition schrieb er in einer Fußnote Martini zu! Dann fährt er fort: „Diese Verbindlichkeiten und Rechte werden aus der Natur der Grundverträge, durch welche Staaten errichtet worden, hergeleitet, und ihr Inbegriff macht das natürliche, allgemeine Staatsrecht aus“, wozu abermals Martini zitiert wird, und er ergänzt: „oder sie entstehen aus zufälligen Bestimmungen, welche den Grundverträgen willkürlich zugesetzt worden; ihr Inbegriff ist das positive, besondere, auch innere Staatsrecht“. Dazu führt er Kategorien von Rechtsquellen an wie etwa solche über „die der höchsten Gewalt überlassenen Rechte“, „die Art die höchste Gewalt zu empfangen“. Anschließend an diese allgemeinen Feststellungen folgt, eben im Einklang mit der Kategorie dieser Rechtsquellen, eine systematische Darstellung des konkreten österreichischen Staatsrechts<sup>49</sup>. Auch bei Zeiller steht die naturrechtliche Staatsentstehungslehre in

<sup>43</sup> Ludwig August Hartberg, Das zweitemal: Was ist der Staat? Nach Gründen aus der Natur, aus der Schrift, und aus der Vernunft beantwortet (Wien 1783) 24 f.

<sup>44</sup> Gottfried Achenwall, Staatsverfassung der heutigen vornehmsten Europäischen Reiche und Völker im Grundrisse 1 (Göttingen 1790) 3.

<sup>45</sup> Wilhelm Brauneder, Die Habsburgermonarchie als zusammengesetzter Staat, in: Der Staat/Beiheft, im Erscheinen.

<sup>46</sup> Wilhelm Brauneder, Bechers Lehre vom Staat, in: *ders.*, Studien I: Entwicklung des Öffentlichen Rechts (Frankfurt/Main u.a. 1994) 57 ff.; *ders.*, Die Verwaltung im Beamtenstaat nach dem Dreißigjährigen Krieg, in: ebd. 255 ff.

<sup>47</sup> Wilhelm Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte (Wien 192005) 79 ff., 91 ff., im folgenden zitiert: Brauneder, Verfassungsgeschichte.

<sup>48</sup> Z. B. bei J(oseph) C(onstantin) Bisinger, General-Statistik des österreichischen Kaiserthumes II (Wien – Triest 1809) 17, ein aus „Staaten“ bestehender „Staatskörper“, im folgenden zitiert: Bisinger, General-Statistik II.

<sup>49</sup> A(nton) W(ilhelm) Gustermann, Versuch eines vollständigen österreichischen Staatsrechtes (Wien 1793) XXXIII f.

Wechselwirkung zur Sicht der Habsburgermonarchie als einem einzigen Staatswesen. Zeiller entspricht zwar mit der Abfolge Vereinigungsvertrag – Verfassungsvertrag – Unterwerfungsvertrag seinem Lehrer Martini, modifiziert diesen aber dahingehend, daß für die Habsburgermonarchie – bestehend für Zeiller aus „Österreich und Ungarn“ – der Verfassungsvertrag besondere Bedeutung habe, da nur er erklären könne, daß die Habsburgermonarchie ein einziger Staat sei, was aus dem Unterwerfungsvertrag deshalb nicht ableitbar wäre, da er unter einem Herrscher auch mehrere Staaten hervorrufen könne wie offenkundig Österreich einer- und Ungarn andererseits. Das aber wollte er um der staatlichen Einheit der Habsburgermonarchie willen nicht so sehen<sup>50</sup>: Zum ABGB hielt er nämlich fest, es könne „geschehen, daß in einem größeren Staate ... ein Gesetzbuch nicht für alle Länder besteht“ und so habe das ABGB „in dem Königreiche Ungarn keine verbindende Kraft“<sup>51</sup>.

Für diesen Staat der Habsburgermonarchie galt es, nach dem frühen Titel von *Sonnenfels* aus 1771, die „Liebe des Vaterlandes“ zu erwecken. Als Mittel dafür nennt *Sonnenfels* gute und einheitliche Gesetze<sup>52</sup>. Diese Anregung wurde in der Habsburgermonarchie auch befolgt, und zwar mit den Kodifikationen des Zivilrechts, des Straf- und Strafprozeßrechts sowie des Zivilprozeßrechts.

### III. Rechtsreformen

So wie nach dem Eingangszitat der Staat der Habsburgermonarchie für die Sekundärliteratur als eine Art naturrechtliches Produkt erscheint, so gelten wesentliche Bausteine davon, nämlich die eben erwähnten Gesetzbücher, und zwar vornehmlich die des Zivilrechts, schlechthin als „naturrechtliche Kodifikationen“<sup>53</sup>.

Am Beginn der Arbeiten an der Zivilrechtskodifikation<sup>54</sup> standen Richtlinien, welches Material auf welche Weise zu verwerten sei: Es waren dies prinzipiell die Rechte der einzelnen Länder, denen aber durch eine logische Operation „das Natürlichste und Billigste“ zu entnehmen war, Lücken sollten mit Naturrecht – nicht etwa dem Gemeinen Recht! – ausgefüllt werden. Es war dies eine typisch naturrechtliche Methode, nämlich durch Induktion aus einem breiten Material das Gemeinsame als das Richtige und damit das Natürliche zu gewinnen. Die Praxis der Kodifikationsarbeiten zeigt, daß allerdings alsbald nahezu das Gegenteil der

<sup>50</sup> *Hofmeister*, Bürger (wie Anm. 16) 1013 ff.

<sup>51</sup> *Franz von Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ... (Wien, Triest 1811–1813), im folgenden zitiert: *Zeiller*, Commentar; hier: Commentar I 42.

<sup>52</sup> *Joseph Freiherr von Sonnenfels*, Über die Liebe des Vaterlandes (Wien 1771); dazu *Brauneder*, Gesetzeskenntnis (wie Anm. 31) 524 f.; *Heindl*, Bildung und Recht (wie Anm. 11) 191.

<sup>53</sup> Z.B. *Hans Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte (Heidelberg 1920/2005) 135 ff.; *Ursula Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte (Wien 2005) 14.

<sup>54</sup> *Wilhelm Brauneder*, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie von 1811, in: Gutenberg-Jahrbuch 62 (Mainz 1987) 205 ff.

Fall war. Zuzufolge der großen Lücken der Länderrechte<sup>55</sup> einerseits sowie andererseits der gemeinrechtlichen Ausbildung der Kodifikatoren überwog schließlich im ersten Zivilgesetzbuchentwurf, dem Codex Theresianus, das Gemeine Recht in einem Maße, das den Staatsrat bewog, diesen Entwurf wegen seines gemeinrechtlichen Lehrbuchcharakters zu verwerfen! Spuren eines naturrechtlichen Denkens bzw. einer naturrechtlichen Arbeitsweise zeigten sich dennoch. Konkrete naturrechtliche Institutionen finden sich allerdings nur wenige, sie sind auch meistens, wie etwa das Zusammenfassen von Gesellschaft, Rechtsgemeinschaft, ehelicher Gütergemeinschaft und Erbvertrag, im Codex Theresianus mißglückt<sup>56</sup>. Eine Ausnahme bildet die gesetzliche Erbfolge, welcher der Martini-Schüler Horten in seiner Überarbeitung des Codex Theresianus die Konstruktion des Parentelensystems zugrundelegte<sup>57</sup>. Daß der Text des Codex Theresianus ohne Substanzverlust in der Bearbeitung durch Horten auf etwa 50 Prozent zusammenschmolz, ist auch naturrechtlich-logischem Denken zu verdanken, neben der Rechtswissenschaft der Gesetzgebungslehre insbesondere von Sonnenfels. Den Unterschied zwischen dem Codex Theresianus und seinen Umarbeitungen macht allein schon deren wesentlich modernere Gesetzessprache deutlich. Naturrechtlichem Denken entsprach es weiters, mit dem Ehepatent 1783 das Eherecht, noch vor der Zivilrechtskodifikation, aus dem Kanonischen Recht in das staatliche Recht überführt zu haben<sup>58</sup>. Naturrechtliche Gedankengänge verrät weiters das aus dem Entwurf Horten in Kraft gesetzte Erbfolgepatent 1786<sup>59</sup> in seiner Einleitung: Zum „gemeinschaftlichen Besten“ ergeht das Gesetz und es will „in den gesammten Deutschen Erbländern“ – also außer Ungarn – „eine allgemeine“ – also rechtsvereinheitlichende – Erbfolgeregelung festsetzen, und zwar – ganz gemäß der natürlichen Gleichheit – als eine „für alle Stände ohne Unterschied gleiche Ordnung“, so daß zwischen den Normadressaten kein Unterschied gemacht wird, denn diese „mögen nun Inwohner eben dieser Erbländer, Unterthanen aus andern Staaten“ der Habsburger wie etwa Ungarn, „oder auch erbsfähige Ausländer seyn“ (§ 2). Eine Konzession an die noch nicht egalitäre Gesellschaftsordnung zeigt sich frei-

<sup>55</sup> Manche Länder wurden überhaupt nicht berücksichtigt: *Wilhelm Braunerder*, Vernünftiges Recht als überregionales Recht: Die Rechtsvereinheitlichung der österreichischen Zivilrechtskodifikationen 1786 – 1796 – 1811, in: *Reiner Schulze* (Hrsg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte 3, Berlin 1991) 121 ff., im folgenden zitiert: *Braunerder*, Vernünftiges Recht.

<sup>56</sup> *Wilhelm Braunerder*, Gesellschaft – Gemeinschaft – Gütergemeinschaft, in: *Walter Selb, Herbert Hofmeister* (Hrsg.), Forschungsband Franz von Zeiller (Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten 13, Wien, Graz, Köln 1980) 14 ff.

<sup>57</sup> *Armin Ebreuzweig*, Die österreichische Erbfolgeordnung, in: *Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Oesterreich* (1903) 17 ff.; *Hans-Georg Mertens*, Überlegungen zur Herkunft des Parentelensystems, in: *ZRG/GA* 90 (1973) 149 ff.; allgemein auch *Gerhard Wesenberg, Gunter Wesener*, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung (Lahr/Schwarzwald <sup>3</sup>1976) 140.

<sup>58</sup> *Johannes Mühlsteiger*, Der Geist des josephinischen Eherechtes (Forschungen zur Kirchengeschichte Österreichs 5, Wien, München 1967).

<sup>59</sup> Patent vom 11. 5. 1786, JGS Nr. 548/1786 (=Justizgesetzsammlung = Gesetze und Verfassungen im Justiz-Fache ... Wien 1817 ff.).

lich notgedrungen: Das Erbfolgepatent betrifft die Erbfolge „des frey vererblichen Vermögens“, also nicht etwa den adeligen Familienfideikommiß oder das bäuerliche Gut, so daß es insofern doch eine ständische Bindung gab.

Das Teil-ABGB 1786<sup>60</sup> als erste, wenngleich unvollendete Zivilrechtskodifikation, erinnert in seinen einführenden Bestimmungen an das nahezu zeitgleiche Gleim-Mozart'sche „Kriegslied“ von 1788: „Jeder Unterthan erwartet von dem Landesfürsten Sicherheit und Schutz. Es ist also die Pflicht des Landesfürsten, die Rechte der Unterthanen deutlich zu bestimmen ...“ (I § 1). Vor allem spiegelt sich im Teil-ABGB 1786 jenes Naturrecht wider, aus dem Martini beispielsweise die Stellung des Monarchen abgeleitet hatte: „Von der dem Landesfürsten eigenen obersten Gewalt entspringt die Verbindlichkeit aller in dem ordentlichen Wegekund gemachten Gesetze“ (I § 2); sollte „eine allgemeine und gewisse Anordnung für nothwendig, oder doch ersprießlich gehalten werden, ist dieselbe bey dem Landesfürsten zu suchen“ (I § 10); bei unklarer Gesetzesbestimmung „soll die Belehrung allzeit von dem Landesfürsten gesucht werden“ (I § 26). Naturrecht betrifft aber auch die Untertanen: „Unter dem Schutze und nach der Leitung der Landesgesetze genießen alle Unterthanen ohne Ausnahme die vollkommene Freyheit“ (II § 1); „Alle, die in den Erbländern unter der landesfürstlichen Gewalt vereinigt leben, sind für Inländer und Unterthanen zu halten, und genießen ohne Unterschied die Unterthanen und Inländern allgemein gebührenden Rechte“ (II § 3). Was allerdings den konkreten Gesetzesinhalt anlangt, so ist der naturrechtliche Gehalt, wie auch in den noch Entwurf gebliebenen ABGB-Teilen, im Vergleich mit Darstellungen des „Natürlichen Privatrechts“ gering. Beispielsweise wurde für die vom Naturrecht jeweils als Gesellschaft eingestufteten Institutionen von Ehe, Familie, Gütergemeinschaft, Handelsgesellschaft usw. kein einheitliches Gesellschaftsrecht geschaffen, sondern für ersteres auf das Kanonische Recht als Vorbild zurückgegriffen, für letzteres auf die *societas* des Gemeinen Rechts und für die eheliche Gütergemeinschaft auf die Vertragspraxis. So hatte auch gleich nach Inkrafttreten des Teil-ABGB der oben erwähnte Tiller<sup>61</sup> 1787 keine Mühe, dieses in sein sicherlich noch vor dem Inkrafttreten der neuen Teilkodifikation begonnenes System des österreichischen bürgerlichen Rechts einzuarbeiten; wie erwähnt, finden sich in dieser Darstellung keinerlei Spuren des Naturrechts. Das gilt ähnlich für die zeitgleiche Darstellung von Banniza zum Teil-ABGB: Er bemerkt zwar, daß ein Verlöbniß im Gegensatz zu den staatlichen Vorschriften „nach den natürlichen Gesetzen“ zur Eheschließung verpflichtet, gibt aber ansonsten keinerlei Hinweise auf das Naturrecht wie etwa zu den Rechtsquellen oder zur Ehe<sup>62</sup>.

Den naturrechtlichen Höhepunkt in der Entwicklung der Zivilrechtskodifikation brachte Martinis Entwurf, der in Galizien und dem Buchenland (Bukowina)

<sup>60</sup> Patent vom 1. 11. 1786, JGS Nr. 591/1786.

<sup>61</sup> Siehe oben I.

<sup>62</sup> *Josef Leonard von Banniza*, Gründliche Anleitung zu dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. I. (= einziger) Teil (Wien 1787), im folgenden zitiert: *Banniza*, Anleitung.

1797 als „Bürgerliches Gesetzbuch“ in Kraft trat und die erste moderne Zivilrechtskodifikation überhaupt darstellt<sup>63</sup>. Im Hauptstück „Von den Rechten der Personen“ lesen wir unter anderem: „Menschen, die sich in eine bürgerliche Gesellschaft vereinigen, legen deßwegen weder ihre natürlichen Pflichten, noch die ihnen angeborenen Rechte ab“ (§ 28); „Zu den angeborenen Rechten der Menschen gehören vorzüglich das Recht sein Leben zu erhalten; das Recht die dazu nöthigen Dinge sich zu verschaffen; das Recht seine Leibes- und Geisteskräfte zu veredeln“ und einiges mehr (§ 29); „Diese Naturrechte bleiben unverändert auch im Kreise der bürgerlichen Gesellschaft“ (§ 31); in bestimmten Fällen sei „die Selbsthülfe, das ist, die im Naturrechte gegründete Nothwehre erlaubt“ (§ 40); „Was den natürlichen, angeborenen Rechten angemessen ist, dieses wird so lange als bestehend und rechtskräftig angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird“ (§ 41). Ausdrücklich sind Ehe, Familie und Hausgemeinschaft als „Gesellschaften“ titulierte, aber, wie schon bisher, unterblieb die Konstruktion eines allen diesen und anderen „Gesellschaften“ gemeinsamen Gesellschaftsrechts. Auch ansonsten gilt zu den Institutionen das zu den Vorläufern Gesagte. Sonnenfels wollte die naturrechtliche Einleitung des Entwurfs Martini präziser fassen<sup>64</sup>: „Von dem Rechte des Bürgers“, „Von der bürgerlichen Freiheit“, „Von der Pflicht des Bürgers“ sollte die Rede und ein „Allgemeiner Grund, die Gesetze zu befolgen“ erläutert sein. Dagegen allerdings stellte sich die Gesetzgebungskommission, aber nicht des Inhalts, sondern der Gesetzessystematik wegen, denn derlei Grundbegriffe aus dem „Natur- und allgemeinen Staatsrecht“ gehörten nicht in eine Zivilrechtskodifikation – anderswo also hätten sie ihren Platz haben können.

Im Zuge der unmittelbaren Vorarbeiten zum ABGB kamen jedoch die naturrechtlichen Einleitungsbestimmungen des galizischen Zivilgesetzbuchs in Fortfall, allerdings nun mit einer neuen Begründung<sup>65</sup>: Sie gäben den Anlaß zu „Grübeleien“ – korrigiert schließlich auf „Auslegungen“ – und zwar insbesondere beim „unstudierten Manne“ – hinsichtlich dessen wohl die „Grübeleien“ noch nachklingen; auch habe der allgemeine Begriff „Gesellschaft“ zu entfallen, weil damit zu sehr vom „Contractu sociali“ die Rede sei!

Das ABGB schließlich weist *expressis verbis* nur mehr ganz wenige Spuren an naturrechtlichen Hinweisen auf: Gemäß § 7 sind Gesetzeslücken letztendlich durch die „natürlichen Rechtsgrundsätze“ zu füllen; § 16 stellt fest: „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten ...“; § 17 hält die „angeborenen natürlichen Rechte“ aufrecht, soweit sie nicht beschränkt werden. Undeklariertes naturrecht-

<sup>63</sup> Vgl. *Wilhelm Brauner*, Europas erste Privatrechtskodifikation: Das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch, in: *Barta, Palme, Ingenbaeff*, Naturrecht (wie Anm. 18) 303 ff.

<sup>64</sup> *Sigmund Adler*, Die politische Gesetzgebung in ihren geschichtlichen Beziehungen zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, in: *Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches I/1* (Wien 1911) 114, 120, im folgenden zitiert: *Adler*, Gesetzgebung.

<sup>65</sup> Ebd. 110f.

liches Denken findet sich beispielsweise in der Institution der „Moralischen Person“, das heißt der Personenmehrheit mit Rechtspersönlichkeit (§ 26), in der Beschränkung des Erbvertrags personell auf Ehegatten und Brautleute sowie auf drei Viertel des Vermögens (§§ 1249, 1253) und weiterhin im Parentelensystem. Auch die praktisch gänzliche Aufhebung lokalen Rechts, nämlich der Statutarrechte sowie der Gewohnheitsrechte (§§ 10, 11), verrät die naturrechtliche Denkweise der Kodifikatoren, denn, nach deren Ansicht, habe man all dies legislativ in den übergreifenden Bestimmungen des ABGB ohnedies berücksichtigt<sup>66</sup>.

Insgesamt sind die österreichischen Zivilrechtskodifikationen von 1786, 1797 und insbesondere das Endprodukt, das ABGB von 1811, „naturrechtliche Kodifikationen“ nicht etwa deshalb, weil sie den Darstellungen des „Natürlichen Privatrechts“ entsprechen, sondern vor allem wegen der Beurteilung der aufgenommenen traditionellen Rechtsmaterien aus Gemeinem Recht und heimischem Recht als vernünftig samt ihrer entsprechenden Bearbeitung, wozu einige wenige direktnaturrechtliche Bestimmungen getreten sind.

#### IV. Die Gesamtrechtsordnung

Wie die zuvor zur Entwicklung der Zivilrechtskodifikation erwähnte Idee, grundsätzlich-naturrechtliche Bestimmungen aus dieser anderswo hin zu verschieben, zeigt, gab es ein Denken im größeren Rahmen der Gesamtrechtsordnung und es blieb der Einfluß des Naturrechts nicht allein auf das Zivilrecht beschränkt.

Überraschenderweise zeigen sich Einflüsse des Naturrechts auch im Polizeirecht: Die Polizeybehörden werden 1785 ausdrücklich angewiesen, die „bürgerliche Freiheit“ zu respektieren<sup>67</sup>. 1791 ergeht an sie eine Art Habeas-Corpus-Verordnung, auf deren Befolgung Kaiser Franz II. noch 1793 Wert legte<sup>68</sup>: Demnach war auch bei „Arrestanten im Polizeihaus“ die „für Freiheit, Ehre und Gut neuerlich eingeführte Vorsicht (sic!) genau einzuhalten“. Naturrechtliche Argumente gebrauchte auch die Oberste Justizstelle, und zwar gegen Forderungen des ständischen Adels auf Wiederherstellung seiner Rechte<sup>69</sup>: Die „Gleichhaltung der Bürger aller Klassen“ sei eine solche, „die alle Privilegien ausschließt“ und „gehöre unter die Rechte der Menschheit“, die „Stütze des Thrones beruht einzig und allein auf der Festigkeit weiser Grundsätze“, wie sie die naturrechtlichen Kodifi-

<sup>66</sup> Brauner, Vernünftiges Recht (wie Anm. 55) 123 f., 134.

<sup>67</sup> Hermann Oberhammer, Die Wiener Polizei II. 200 Jahre Sicherheit in Österreich (Wien 1938) 133 ff., insb. 162, 165.

<sup>68</sup> Hofdekret vom 28. 2. 1791: Text bei Joseph Kropatschek (Hrsg.), Sammlung der Gesetze, welche unter der Regierung Leopold II. in den k. Erbländen erschienen sind (Wien 1791–1792) III 232 f.; Wangemann, Joseph II. (wie Anm. 22) u.a. 150 ff.

<sup>69</sup> Viktor Bibl, Die niederösterreichischen Stände und die französische Revolution; in: Jahrbuch für Landeskunde von Niederösterreich 1903 (Wien 1904) 89 f., im folgenden zitiert: Bibl, Stände; auch Friedrich Walter, Die Österreichische Zentralverwaltung II/1/2/2 (Veröffentlichung der Kommission für Neuere Geschichte Österreichs 42, Wien 1956) 8.

kationen brachten bzw. bringen sollten, so daß jeder Monarch „nur durch Gesetze, welche die allgemeine Meinung ... nicht beleidigen, sondern schonen, herrscht“.

Beachtung verdienen in diesen Zusammenhängen die Versuche zur Schaffung eines „Politischen Codex“. Im Gegensatz zum Zivil- oder auch zum Strafgesetzbuch sollte es sich hierbei nicht unbedingt um eine Kodifikation, sondern nach den meisten Plänen um eine systematische Kompilation des geltenden, allenfalls bereinigenden Rechts handeln. Die Initiative durch ein Handschreiben Maria Theresias von 1768<sup>70</sup> sah allerdings doch eine Kodifikation vor, wozu Sonnenfels einen Vorschlag erstattete, der von Maria Theresia akzeptiert wurde, Joseph II. entschied aber 1781/83 gegen eine Kodifikation zugunsten einer revidierten Gesetzessammlung: also Kompilation statt Kodifikation. Ein Register der entsprechenden Verordnungen wurde 1782 begonnen und erschien 1784/87 in systematischer Anordnung mit entsprechenden Erläuterungen. Nach dem Tod Josephs II. 1790 hielt Sonnenfels den Weg frei für grundsätzliche Gedanken, die er in einem „Promemoria“ niederlegte<sup>71</sup>: „Ohne Staatsverfassung kann eine rechtmäßige Regierung nicht einmal gedacht werden, weil der Mangel einer Verfassung an willkürliche Gewalt zu viel einräumt: und bei willkürlicher Gewalt ist keine Regierung, es ist Anarchie.“ Dieser „können dadurch allein Gränzen gesetzt werden... wann jeder Schritt der öffentlichen Verwaltung von festgestellten Grundsätzen eine bestimmte Richtung erhält“. Dies bedeutete nahezu schon die Forderung nach dem Legalitätsprinzip. Planmäßig sollten jedenfalls folgende Schritte zur Staatsverfassung führen: Feststellung von Grundsätzen – systematische Gesetzgebung – schließlich: Staatsverfassung. Mit dieser erhob Sonnenfels durchaus keine inhaltsleere Forderung wie der Hinweis auf das Verfassungsprojekt<sup>72</sup> Kaiser Leopolds noch als Großherzog der Toskana beweist, worin man übrigens auch sieht, welche Hoffnungen Sonnenfels in den neuen Kaiser-Landesfürsten setzte: „Unter Leopold scheint der Augenblick gekommen zu sein, da der Vorschlag zu einer auf Grundsätzen erbauten Gesetzgebung mit Hoffnung eines günstigen Erfolges wieder erweckt, und der Wunsch unverkleidet geäußert werden darf, dadurch wenigstens den Grund zu einer Staatsverfassung zu legen“! Unter „Verfassung“ hat man

<sup>70</sup> Das Folgende nach *Karl-Heinz Osterloh*, Joseph von Sonnenfels und die österreichische Reformbewegung im Zeitalter des aufgeklärten Absolutismus (Historische Studien 409, Lübeck, Hamburg 1970) 204 ff., im folgenden zitiert: *Osterloh*, Joseph von Sonnenfels; Zitate (ohne Original-Unterstreichungen) nach *Stephan Wagner*, Der politische Kodex. Die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts in Österreich 1780–1818 (Schriften zur Verfassungsgeschichte 70, Berlin 2004); im folgenden zitiert: *Wagner*, Politischer Kodex.

<sup>71</sup> *Adler*, Gesetzgebung (wie Anm. 64) 100; *Osterloh*, Joseph von Sonnenfels (wie Anm. 70) 208 ff.; *Wagner*, Politischer Kodex (wie Anm. 70) 44 ff., Text ebd. 235 ff.

<sup>72</sup> *Adler*, Gesetzgebung (wie Anm. 64) 100; vgl. hierzu auch *Adam Wandruszka*, Das toskanische Verfassungsprojekt, in: *Karl Otmar Frhr. v. Aretin* (Hrsg.), Der Aufgeklärte Absolutismus (Köln 1974) 264 ff.; *ders.*, Leopold II., Erzherzog von Österreich, Großherzog von Toskana, König von Ungarn und Böhmen, Römischer Kaiser, 2 Bde. (Wien, München 1963–1965); *Gerda Graf*, Der Verfassungsentwurf aus dem Jahr 1787 des Granduca Pietro Leopoldo di Toskana (Schriften zur Verfassungsgeschichte 54, Berlin 1998).

sich freilich nicht den konstitutionell-rechtsstaatlichen Begriff zu denken, nicht nur das Verfassungsgesetz als Staatsgrundgesetz, sondern im Sinne etwa der ABGB-Terminologie oder der des Kundmachungspatents des ABGB für Liechtenstein das rechtliche Verfasst-Sein des Landes bzw. Staates, seine Rechtsordnung schlechthin<sup>73</sup>. Mit dem Bemerkten, die Völker strebten „beinahe überall, sich der gesetzgebenden Gewalt zu bemächtigen und dem Regenten nur die vollstreckende zu belassen“, sprach Sonnenfels der Gewaltentrennung das Wort, zumal das „Recht der Nation, sich selbst glücklich zu machen ... in der Tat unverjährbar und unveräußerlich (ist), ebenso wie das Recht der Selbsterhaltung“. Eine „weise bürgerliebende Regierung“ müßte sich in entsprechender Art „mit Gesetzen“ befassen, eine „Hoffnung“, welche „alle Völkerschaften auf Leopolds II. Regierung (setzen)“, worauf Sonnenfels die Katze aus dem Sack läßt: „Ein Schritt zur Verwirklichung dieser Hoffnung würde in der Wiederaufnahme des Vorschlags liegen, einen politischen Kodex zu schaffen“! Karl Friedrich von Hatzfeld<sup>74</sup>, Mitglied des Staatsrats, las aus diesem „Promemoria“ von Sonnenfels den Vorschlag nach der Festschreibung von „Menschenrechten“ heraus, wogegen er sich wandte, denn in einem Staat könne es nur „Rechte der Bürger“, nämlich der Staatsbürger, geben, außerdem habe der Begriff „droits de l'homme“ schon die französische Nationalversammlung „verführt“<sup>75</sup>.

Aufgrund des Plans von Sonnenfels kam es 1791 zu einer Reorganisation der „politischen Kompilationskommission“<sup>76</sup>; nun galt: „Die Grenzen der Thätigkeit (der Behörden) müßen im Gesetzbuche enthalten seyn, damit sich das Publikum ... an den eigenen (= geeigneten, d. h. zuständigen) Ort zu wenden wiße“, was aus der „bürgerlichen Freiheit“ folge. Dieses „Gesetzbuch“ sollte weiterhin eine Art von Kompilation sein, wobei Sonnenfels an folgende Systematik dachte: Militäre (von einer eigenen Kommission zu erarbeiten) – Politicum (systematische Sammlung der Verordnungen aller Behörden) – Commerciale (Darstellung der „Handlungswissenschaft“) – Camerale (Darstellung der „Finanzwissenschaft“). Damit war eigentlich nicht einmal einer reinen Gesetzeskompilation das Wort gesprochen, sondern einer Mischung von Verordnungssammlung und Staatsklugheitsratschlägen, nämlich Handlungsanweisungen. Auch unter Franz II.<sup>77</sup> wurde am Kompilationscharakter des Politischen Kodex festgehalten, Vorrang in der Gesetzgebungsarbeit erhielten aber die Strafrechts- und die Zivilrechtskodifikation, für alle Gesetzgebungsarbeiten wurde nun eine gemeinsame Gesetzgebungskom-

<sup>73</sup> ABGB §§ 1142 bzw. 1146: „Landesverfassung“ bzw. „Verfassung jeder Provinz“ als Quelle für Regelungen des Verhältnisses Grundherr – Grundholde; *Wilhelm Braunerder*, 175 Jahre „Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch“ in Liechtenstein, in: *Liechtensteinische Juristen-Zeitung* 9 (1988) 95; *Elisabeth Berger*, 190 Jahre ABGB in Liechtenstein, in: *Liechtensteinische Juristen-Zeitung* 23 (2002) 29 ff.

<sup>74</sup> *Hans Wagner*, Carl Friedrich von Hatzfeldt, in: *NDB VIII* (Berlin 1969) 63 f.

<sup>75</sup> *Adler*, Gesetzgebung (wie Anm. 64) 100, 104.

<sup>76</sup> *Osterlob*, Joseph von Sonnenfels (wie Anm. 70) 212 ff.; *Adler*, Gesetzgebung (wie Anm. 64) 103; *Wagner*, Politischer Kodex (wie Anm. 70) 55 ff., Text ebd. 256 ff.

<sup>77</sup> *Osterlob*, Joseph von Sonnenfels (wie Anm. 70) 217 ff.; *Wagner*, Politischer Kodex (wie Anm. 70) 88 ff., insbes. 119; Plan von 1808: ebd. 144 ff., insbes. 163 ff., Text dazu 389 f.

mission eingerichtet, eine eigene für den Politischen Kodex gab es somit vorerst nicht. Dies änderte sich allerdings rasch, es kam doch wieder zur Einsetzung einer eigenen Gesetzgebungskommission für den Politischen Kodex und einer Annäherung an eine Kodifikation insofern, als jener zwar keine solche im strengen Sinn sein sollte, aber offenbar sozusagen eine Kodifikation systematischer Verweisungen auf entsprechende Verordnungen. Sonnenfels drängte: 1808 legte er dafür abermals einen Plan vor. Zu Recht betonte er, ein derartiger Politischer Kodex sei eine Neuheit und könne, anders als das ABGB etwa, auf keine Vorbilder zurückgreifen. Freilich läge nun das ABGB im Entwurf vor, somit sei eine Abgrenzung des Politischen Kodex vorgegeben, in deren Rahmen nun für diesen die Grundlagen zu schaffen wären. Diese sah er in seinen eigenen Lehrbüchern sowie denen von Kopetz als gegeben an<sup>78</sup>. Nach seinem nunmehrigen „Plan“ sollte der Politische Kodex in zwei Hauptteile zerfallen, der erste sollte ein „konstitutiver Teil“ sein, der andere ein „dispositiver Teil“. In ersterem wären die Rechte des Monarchen und seiner Familie, nämlich Regierungsform, Erbfolge usw. festzulegen; sodann die politischen Rechte der Untertanen, hiebei die spezifischen der einzelnen Stände wie insbesondere des Adels; schließlich seien die Zwecke der bürgerlichen Gesetze zu fixieren. Der „dispositive Teil“ wäre aus drei Abschnitten zu bilden: „Staatspolizey“, „Politische Handlungsleitung“, „Finanz“. Einen anderen derartigen „Plan“ gab es übrigens von Egger, jedoch in einer eher chronologischen Anordnung. In der praktischen Durchführung zeigte sich aber der ganz gravierende Unterschied zu den sonstigen Gesetzgebungsarbeiten: Konnte nämlich vor allem das Zivilrecht auf eine mehrhundertjährige Tradition mit einer gewissen systematischen und jedenfalls institutionellen Verfestigung zurückblicken, so hatte man angesichts von etwa 1,4 Millionen Verordnungen allein der Hofkanzlei im Zeitraum von 1740 bis 1810 eine an die Sichtung der Juristenschriften unter Justinian gemahnende Aufgabe vor sich. Dies veranlaßte zu der Ansicht, die Ordnungssammlung sollten die einzelnen Hofstellen besorgen und nicht die „politische Gesetzgebungskommission“. Der Oberste Kanzler Ugarte griff 1815 diese Idee insofern auf, als er die Abfassung des Politischen Kodex durch die politische Hofstelle, d. h. konkret durch die Vereinigte k. k. Hofkanzlei<sup>79</sup>, erledigt sehen wollte, da sich hier, im Gegensatz zur „politischen Gesetzgebungskommission“, das einschlägige Wissen befände. Nach dem Tod von Sonnenfels 1817 wurde es nun offen ausgesprochen: Die Erstellung eines Politischen Kodex als Gesetzbuch sei unmöglich<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Gemeint ist damit: *Joseph von Sonnenfels*, Grundsätze der Polizey, Handlung, und Finanz (Wien 1787) sowie *Wenzel Gustav Kopetz*, Österreichische politische Gesetzkunde, oder systematische Darstellung der politischen Verwaltung in den deutschen, böhmischen und galizischen Provinzen des österreichischen Kaiserthumes (Wien 1807–1819).

<sup>79</sup> *Arnold Luschn von Ebengreuth*, Grundriß der österreichischen Reichsgeschichte (Bamberg 1918) 372f.; *Rudolf Hoke*, Österreich, in: *Kurt G. A. Jeserich, Hans Pohl, Georg-Christoph von Unruh* (Hrsg.), Deutsche Verwaltungsgeschichte II (Stuttgart 1983) 356, im folgenden zitiert: *Hoke*, Österreich.

<sup>80</sup> *Osterloh*, *Joseph von Sonnenfels* (wie Anm. 70) 229ff., 232.

Das bisher Geleistete war dennoch beachtlich. Vor allem hatte der schon genannte Kopetz<sup>81</sup> bereits 1807/1819 über den Wildwuchs der Verwaltungsorganisationen einen systematischen Raster gelegt und damit ein System der politischen Verordnungen, modern gesprochen ein System des Verwaltungsrechts, geschaffen. So gab es im Teil „Polizeygeschäfte im weiteren Sinne“ neben anderen die „Abtheilung“ „Bevölkerungspolizey“, hier etwa den „Abschnitt“ „Von den directen Mitteln zur Erhaltung und Vermehrung der Volksmenge“, dazu unter anderem das „Hauptstück“ „Verbothe der Auswanderung“, anderswo kannten die „Hauptstücke“ noch die Unterteilung „Absatz“ wie etwa „Von der Bildung zum geistlichen Stande“. Ein Extrakt aus hunderten von einschlägigen Vorschriften wurde so systematisch gebündelt! Eine zunehmend wichtige Detailmaterie als Querschnitt durch das Öffentliche wie auch das Bürgerliche Recht brachte Wildner<sup>82</sup> mit seinem „Fabrikenrecht“ (1838) in eine Systematik. Beispielsweise gliederte er das erste Hauptstück „Entstehen der Fabrik“ (neben den beiden weiteren „Bestehen“ bzw. „Aufhören“) in „Subjecte“, „Objecte“, „Ort“, „Competente Behörde“ und „Ertheilung“ der Konzession, hievon beispielsweise „Subjecte“ weiters in „Alter“, „Unterthanschaft“, „Religion“, „Kenntnisse“, „Verdienste“ etc. des Bewerbers. Insgesamt waren zwar die Bemühungen um einen Politischen Kodex, d. h. die Systematisierung des Öffentlichen Rechts, gescheitert, aber so die Grundlagen zu einer Verwaltungsrechtswissenschaft gelegt.

## V. Die steckengebliebene Naturrechtskonzeption

Über die aufklärerisch-naturrechtlichen Grundideen und ihre schrittweise Verwirklichung hatte allmählich die Französische Revolution ihre Schatten geworfen. Am 26. März 1791 stemmte sich die Hofkanzlei noch gegen die Folgen derartiger Wolken<sup>83</sup>: „Man ist ferne, von den Rechten der Menschheit und des Bürgers mit einiger Besorglichkeit zu sprechen, weil diese Wörter den Gewaltthätigkeiten einer Revolution zu Losewörtern gedient haben. Vielmehr dürfte hier ängstliches Stillschweigen für ein erniedrigendes Geständnis mißgedeutet werden. Die Heiligkeit dieser Rechte soll dadurch nicht vermindert werden, weil ihr Name in dem Munde einer Rotte entweiht ist ...“; denn man habe „die gegründetste Zuversicht: die Rechte der Menschen und Bürger seien nirgends sicherer bewahrt als im Herzen Leopolds (II.)“. Dazu gesellte sich aber nun eine praktische Komponente, die Sonnenfels 1795 formulierte: „Die schreckbaren Ausbrüche, die sogleich dem Anfange der Französischen Revolution zur Seite gingen und bald das Reich von einem Ende zu dem andern zum Schauplatze der unerhörtesten, unglaublichsten

<sup>81</sup> Vgl. oben wie Anm. 78; dazu *Wilhelm Brauneder*, Geschichte der Struktur der allgemeinen Verwaltung in Österreich, in: *ders.*, Studien I: Entwicklung des Öffentlichen Rechts (Frankfurt/Main u. a. 1994) 279 ff., im folgenden zitiert: *Brauneder*, Geschichte der Struktur.

<sup>82</sup> *Ignaz Wildner*, Das österreichische Fabrikenrecht ... (Wien 1838).

<sup>83</sup> Adler, Gesetzgebung (wie Anm. 64) 101.

Grausamkeiten und Schandthaten machten, zeigen, wie der Haufe die ihm unbehutsam angebotenen Sätze von Menschenrechten, von Freiheit und Gleichheit versteht und kommentiert.“<sup>84</sup> Auch eine Kritik an den naturrechtlichen Positionen der Obersten Justizstelle (s. o. IV) berief sich auf die Ereignisse in Frankreich<sup>85</sup>.

Einen Prüfstein besonderer Art stellten die Jakobinerprozesse um 1795 dar<sup>86</sup>. Obwohl man Kaiser Franz II. mehrfach Vorschläge unterbreitet hatte, von rechtsstaatlichen Vorkehrungen wie der Habeas-Corpus-Akte 1791 abzugehen oder Ausnahmegerichte zu schaffen, schloß er sich doch Meinungen wie etwa der Martinis an, die bestehenden Strafgesetze nicht anzutasten und den Instanzenzug nicht abzuschaffen: „Der kürzere Weg ist nicht allemal der beste“, „Der Wunsch eines jeden gutdenkenden Staatsbürger ist, daß der Inquisit eher für unschuldig, als für schuldig erkannt werde.“<sup>87</sup> Nicht nur die Französische Revolution als solche verhinderte eine ruhige Entwicklung, vielmehr erschütterten ihre praktischen Auswirkungen die Habsburgermonarchie. Gebietsabtretungen schon im Frieden von Preßburg 1805 gipfelten schließlich im Frieden von Schönbrunn 1809, der die Habsburgermonarchie zu einem überwiegend slawisch-ungarischen Binnenstaat machte, der zudem direkter Nachbar Frankreichs dadurch wurde, als diesem die adriatische Küste und das Hinterland von Cattaro (Kotor) bis Triest sowie Krain, Oberkärnten und Osttirol als „Illyrische Provinzen“ direkt zugehörig waren<sup>88</sup>. Dies hatte beispielsweise zur Folge, daß im zwischen Österreich und Frankreich geteilten Kärnten dort ab 1. Jänner 1812 das ABGB, hier der Code Civil galt, dort weiterhin die Grundherrschaften existierten, hier eine moderne Verwaltung aufgebaut wurde.

Zu alldem gesellte sich ein weiterer Umstand, den Erzherzog Karl 1802 wie folgt beschrieb: „Die beinahe alle Jahre aufeinander folgenden Veränderungen, Vereinigungen, Absonderungen etc. gewähren den untrüglichen Beweis, dass bei der Staatsverwaltung kein festes, in der Natur der Sachen gegründetes System zum Leitfaden dient. Alle bestehende(n) Zweige der inneren Staatsverwaltung sind gänzlich desorganisiert, und so viele in den meisten Staaten mit dem größten Vortheile für den inneren Wohlstand, Glückseligkeit und Bequemlichkeit eingeführte öffentliche Anstalten sind in Österreich unbekannte Dinge“, ausgeführt würden bloß „fragmentarische Arbeiten ohne alle Pläne, ohne alles System“<sup>89</sup>. Ganz grundsätzlich hatten die Behörden- und Rechtsreformen, von Ansätzen unter Josef II. abge-

<sup>84</sup> Ebd. 115.

<sup>85</sup> *Bibl*, Stände (wie Anm. 69) 86 ff.

<sup>86</sup> *Wangermann*, Joseph II. (wie Anm. 22) 153 ff.

<sup>87</sup> Ebd. 181.

<sup>88</sup> *Wilhelm Brauneder*, The Structure of General Administration in the Habsburg-Monarchy during the Time of Emperor Napoleon I in: *ders.*, Studien III: Entwicklung des Öffentlichen Rechts II (Frankfurt/Main u.a. 2002) 65 ff.; im folgenden zitiert: *Brauneder*, General Administration; *Elfriede Holeczek*, Die Verfassung und Verwaltung Oberkärntens im Vormärz 1809–1848 (phil. Diss., Wien 1966).

<sup>89</sup> Zit. nach *Helmut Rumpler*, Eine Chance für Mitteleuropa. Bürgerliche Emanzipation und Staatsverfall in der Habsburgermonarchie (Österreichische Geschichte 1804–1914, Wien 1997) 74, im folgenden zitiert: *Rumpler*, Chance für Mitteleuropa.

sehen, die aber Episoden blieben, nur aus den nichtungarischen Ländern einen Staat geformt. Die österreichische Staatsbürgerschaft erstreckte sich daher nicht auf die Ungarn, freilich galten diese auch nicht als Ausländer<sup>90</sup>. So war das Kaisertum Österreich, zu dem die ungarischen Länder sehr wohl gehörten, kein einheitlicher Staat wie andere auch, sondern bestand aus zwei sehr unterschiedlichen Teilen. Den einen bildeten die als Staat organisierten nichtungarischen Länder, meist Reichsterritorien und daher „Deutsche Erbländer“ genannt, wengleich dieser Staat z.B. auch Galizien umfaßte, zum anderen Teil zählten Ungarn, Siebenbürgen und Kroatien-Slawonien<sup>91</sup>.

Nach dem Wiener Kongreß mit seiner Wiederausdehnung Österreichs nach dem Westen, wengleich nun ohne Vorderösterreich, verstärkte sich der systemlose Zustand sogar noch. Denn nunmehr standen in Cisleithanien die wiedererworbenen und nach französischem Muster modern organisierten Teile den alten gegenüber. Dazu kam weiters, daß zwar aufgrund der Zugehörigkeit zum Deutschen Bund mit der dadurch verpflichtenden Einrichtung „Ständischer Verfassungen“ begonnen wurde<sup>92</sup>, solche erhielten 1816 Tirol und 1818 Krain, dabei allerdings blieb es, denn die Arbeiten in anderen Ländern verliefen schließlich im Sande: So begannen für Vorarlberg die Verhandlungen 1816 und hörten 1836 auf – aber ohne Ergebnis!

Selbst die Zentralbehörden unterlagen einem unsteten Wechsel bei einem grob beibehaltenen Grundraster<sup>93</sup>. Die lokale Verwaltung und Gerichtsbarkeit übten in der Regel weiterhin die Grundherrschaften aus, die Städte besaßen keine nennenswerte Autonomie<sup>94</sup>. In den zeitweise französisch und bayerisch gewesenen Gebieten jedoch blieben die Grundherrschaften aufgehoben, ihre Befugnisse nahmen hier staatliche Behörden wahr<sup>95</sup>. Die Verwaltung und, grob gesprochen, die Gerichtsbarkeit mittlerer Ebene waren in Gouvernementsbezirken organisiert, die zwar das wichtigste organisatorische Ergebnis der Staatsreformen darstellten, deren Gebiet aber wechselte<sup>96</sup>. In diesen Gouvernementsbezirken war eine moderne Verwaltungsstruktur angelegt, konsequent durchgeführt aber wurde sie nicht. So war Illyrien als großräumiger derartiger Bezirk in Zusammenfassung

<sup>90</sup> Vgl. oben im Erbfolgepatent (wie Anm. 59); *Hannelore Burger*, Paßwesen und Staatsbürgerschaft, in: *Waltraud Heindl, Edith Saurer* (Hrsg.), *Grenze und Staat. Paßwesen, Staatsbürgerschaft, Heimatrecht und Fremden gesetzgebung in der österreichischen Monarchie 1750 – 1867* (Wien, Köln, Weimar 2000) 96 ff., insbes. 104.

<sup>91</sup> *Brauneder*, *Verfassungsgeschichte* (wie Anm. 47) 79 ff.; vgl. zeitgenössisch z.B. *Bisinger*, *General-Statistik II* (wie Anm. 48) 17.

<sup>92</sup> Gemäß Art. 13 Dt. Bundesakte; *Friedrich Engel-Jánosy*, *Zur Genesis der Revolution von 1848. Die Verfassungsfrage im deutschen Österreich 1815–48*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 3 (1922/23) 574 ff.

<sup>93</sup> *Bertrand Michael Buchmann*, *Hof – Regierung – Stadtverwaltung. Wien als Sitz der Zentralverwaltung von den Anfängen bis zum Untergang der Monarchie* (Österreich Archiv, Wien, München 2002) 81 ff.; *Hoke*, *Österreich* (wie Anm. 79) 345 ff.; *Brauneder*, *Verfassungsgeschichte* (wie Anm. 47) 85, 92 f.

<sup>94</sup> *Brauneder*, *Verfassungsgeschichte* (wie Anm. 47) 99 f., 103 ff.

<sup>95</sup> *Brauneder*, *General Administration* (wie Anm. 88) 75 ff.

<sup>96</sup> *Brauneder*, *Geschichte der Struktur* (wie Anm. 81) 283 f.

von Istrien, Görz, dem Küstenland, Krain, Kärnten und einem Teil Kroatiens geplant, kam aber nur für kurze Zeit zur Realisierung<sup>97</sup>. Überdies blieben zufolge der Wiederbelebung der Landstände bzw. in einigen der zurückerworbenen Gebiete sogar durch ihre Wiedererrichtung die Länder als Selbstverwaltungskörperschaften bestehen<sup>98</sup>.

Nur sehr gewunden konnte Bisinger 1809<sup>99</sup> das Kaisertum Österreich durch die Brille des allgemeinen-naturrechtlichen Staatsrechts beschreiben: Einerseits hielt er fest: „Oesterreich ist eine erbliche Monarchie“, die, da „unter das Scepter eines gemeinschaftlichen Oberherrn vereinigt, nur Einen großen Staatskörper“ ausmache, der freilich andererseits „aus vielen Staaten und Ländern besteht, welche ... für sich sehr von einander verschieden“ seien, und zwar so, daß der Monarch „Unumschränkte Gewalt“ nur in den nichtungarischen Ländern besitze; in „Ungarn und Siebenbürgen hingegen übet der Monarch gewisse Majestätsrechte mit Einwilligung der Reichs- oder Landstände aus“, wobei diese „Beschränkungen“ aus „den Grundgesetzen dieser Staaten überzeugend dargethan werden können“ – wozu der bezeichnende Beisatz steht: „ohne den Principien des gemeinen Staatsrechtes nahe zu treten“! In Zweifelsfällen freilich „vermuthet die Vernunft für den König“. Die Absicht, die Gesamtrechtsordnung zumindest weitestgehend in Kodifikationen einzufangen, kam allmählich zum Stillstand<sup>100</sup>. Mit dem ABGB von 1811 war die vorletzte Kodifikation geschaffen worden, erst ein Vierteljahrhundert danach folgte 1835 das Gefälls-(Steuer-)Strafgesetzbuch, es blieb die letzte Kodifikation. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, daß das ABGB eigentlich eine verbesserte Neuauflage der galizischen Zivilrechtskodifikation von 1796 darstellt. Weiters kam nicht nur der Politische Kodex nicht zustande, es fehlten beispielsweise ein Handelsgesetzbuch und eine Gewerbeordnung, obwohl in den Dezennien nach dem ABGB daran als Vollendung der Justizgesetze gearbeitet wurde. Selbst zu einer einheitlichen Zivilprozeßordnung war es nicht gekommen<sup>101</sup>, in einigen Ländern galt die Allgemeine Gerichtsordnung 1781, in anderen

<sup>97</sup> Arthur G. Haas, Kaiser Franz, Metternich und die Stellung Illyriens, in: *Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs* 11 (1958) 393 ff.; C(arl) F(erdinand) Weiland, General Karte von dem Oesterreichischen Kaiserstaate (Weimar 1836).

<sup>98</sup> Brauneder, *Geschichte der Struktur* (wie Anm. 81) 283 ff.; Brauneder, *Verfassungs-geschichte* (wie Anm. 47) 97 f.; Brauneder, *General Administration* (wie Anm. 88).

<sup>99</sup> Bisinger, *General-Statistik II* (wie Anm. 48) 17, 119.

<sup>100</sup> Zum Folgenden: Strafgesetz über Gefällsübertretungen, Wien 1835, eingeführt durch Patent vom 11. 7. 1835 (Politische Gesetzsammlung: Politische Gesetze und Verordnungen ..., Nr. 112/1835); Wilhelm Brauneder, Die Entwicklung der modernen Verwaltungsstrafrechts-pflege in Österreich, in: *ders.*, *Studien I: Entwicklung des Öffentlichen Rechts* (Frankfurt/Main u.a. 1994) 321 ff. – Zum Handelsgesetzbuch: Christoph Bergfeld, *Handelsrecht Österreich*, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte III/3* (München 1986) 3042 ff.; Arno Weigand, Die österreichische Handelsrechtsgesetzgebung vor den großen Kodifikationen. Ein Beitrag zur Geschichte des österreichischen Handels-, Gesellschafts-, Wertpapier-, Banken- und Börsenrechts vom 17. bis zum 19. Jahrhundert (jur. Diss., Wien 1997) 246 ff.; Auskunft Prof. Barbara Dölemeyer (Frankfurt/Main).

<sup>101</sup> Emil Schrutka von Rechtenstamm, *Civilprozessordnung*, in: Ernst Mischler, Josef Ulbrich

deren verbesserte Auflage, die „Westgalizische“ Gerichtsordnung 1796. Von einer naturrechtlich-planmäßigen Gesamtrechtsordnung war man weit entfernt und blieb dies bis lange in das 19. Jahrhundert hinein.

Auch der naturrechtliche Gehalt des ABGB wurde abgebaut. Es hatte über Tod und Todeserklärung, als die einzigen Beendigungsgründe einer katholischen Ehe, hinaus für „andere (nicht katholische) Religions-Genossen“ weitere Scheidungsgründe „nach den Duldungsgrundsätzen“, so Zeiller, normiert<sup>102</sup>. Diese Duldung verengte sich aber umgehend, denn schon 1814 schuf eine authentische Interpretation zu § 119 ABGB als neues Ehehindernis das „impedimentum catholicismi“<sup>103</sup>: Ohne den geringsten Anhalt im Gesetzestext wurde es Katholiken verwehrt, mit einem geschiedenen Katholiken eine Ehe einzugehen, solange dessen geschiedener Ehegatte am Leben war, seit 1835 durfte sich in diesem Fall auch ein als Katholik Geschiedener nicht verheiraten, wenn er erst nach der Trauung Katholik geworden war. Aus jenen ehedüterrechtlichen Bestimmungen, welche vertragsergänzendes Recht zu einer Paraphernalvereinbarung<sup>104</sup> enthielten (§§ 1237 ff.), wurde alsbald ein Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes kraft Gesetzes herausgelesen<sup>105</sup>, obwohl das ABGB im Ehegüterrecht von einer Gleichberechtigung der Ehegatten ausging: „Es steht also jedem Ehegatten (Manne oder Frau) die freye Verwaltung dieses seines Vermögens zu“<sup>106</sup> und daher Zeiller gemeint hatte, § 1238 handle „von dem gewöhnlichen Falle, da von der Gattinn dem Manne, als ihrem gesetzlichen Vertreter (§ 91), das Recht eingeräumt wird; doch kann nach Beschaffenheit der Umstände auch der entgegengesetzte Fall Statt finden“<sup>107</sup>! Die vom ABGB festgeschriebene beschränkbare Eigentumsfreiheit (§ 364) schlug im Zusammenhang mit älteren wie auch jüngeren Regelungen außerhalb des ABGB, den „Politischen Gesetzen“, in das Gegenteil einer Eigentumsfreiheit nur aufgrund spezifischer Genehmigungen um<sup>108</sup>.

(Hrsg.), Oesterreichisches Staatswörterbuch I (Wien 1895) 267 f.; *Robert Osterlob*, Lehrbuch des gemeinen, deutschen ordentlichen Civilprocesses (Leipzig 1856).

<sup>102</sup> *Zeiller*, Commentar I (wie Anm. 51) 296 f. – Scheidung = „Trennung“ nach zeitgenössischer ABGB-Terminologie.

<sup>103</sup> Hofdekrete 26. 8. 1814 (JGS Nr. 1099/1814) und 17. 7. 1835 (JGS Nr. 61/1835); *Arthur Lenhoff*, Von dem Eheerchte, in: *Heinrich Klang* (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1 (Wien 1933) 451 f.; *Harald Gruber*, Authentische Interpretationen und Novellen zum ABGB 1811 von dessen Inkrafttreten bis zum Jahre 1848 (jur. Diss., Wien 1993) 100 ff.

<sup>104</sup> Paraphernum: Von der Frau dem Mann über ihr Heiratsgut (dos) hinaus übergebenes Vermögen.

<sup>105</sup> *Wilhelm Brauneder*, Zur Auslegung und Reform des 28. Hauptstückes des ABGB „Von den Ehepakten“, in: *Österreichische Notariats-Zeitung* 105 (1973) 68 ff.; schon *Banniza*, Anleitung (wie Anm. 62) 143 hatte es ausdrücklich abgelehnt.

<sup>106</sup> *Zeiller*, Commentar II/1 (wie Anm. 51) 614.

<sup>107</sup> Ebd. 616.

<sup>108</sup> *Wilhelm Brauneder*, Das ABGB in der Rechtsordnung am Beispiel des Eigentums, in: *Ulrike Aichhorn, Alfred Rinnerthaler* (Hrsg.), *Scientia iuris et historia* (Salzburg 2005) 91 ff.

## VI. Ein neues Staatsbild

Die überkommenen, naturrechtlich orientierten Staatslehren erhielten nun auch in Österreich mehrfache Konkurrenz<sup>109</sup>. Der adels- und kirchenfreundliche, anti-aufklärerische und antikonstitutionelle Adam Müller gilt Stolleis als „Romantiker“ ebenso wie Friedrich Schlegel, der insbesondere Grundrechte und Volkssouveränität ablehnte. Müller verwandt ist auch Carl Ernst Jarcke<sup>110</sup>, der unter dem Einfluß von Haller durch seine neuständische Orientierung auffällt. Zu erwähnen ist weiters der Hofkammerbeamte Anton von Krauß-Elislago, der besonders 1840 in seiner Schrift „Das christliche Staatsprincip“ seinen Liberalismus mit dem Konservativismus Müllers verband<sup>111</sup>; von ihm stammen auch mehrere Gesetzesentwürfe wie u.a. zu einer Gewerbeordnung.

In der Bibliothek des 1840 gegründeten Juridisch-Politischen Lesevereins in Wien<sup>112</sup> standen daher Titel unterschiedlichster Richtungen zur Verfügung. Einerseits gab es hier die älteren naturrechtlichen Darstellungen wie von Martini „De lege naturalis positiones“ (1772) sowie seine „Positiones de iure civitatis“ (1773), weiters von Egger „Das natürliche öffentliche Recht“ (1840), sodann<sup>113</sup> von Theodor v. Schmalz „Die Wissenschaft des natürlichen Rechts“ (1831), Friedrich v. Bitzers „System des natürlichen Rechts“ (1845), Carl David August Röders „Grundzüge des Naturrechts“ (1846) und den schon erwähnten „Versuch eines österreichischen Staatsrechtes“ von Gustermann (1793)<sup>114</sup>. Eifrigen Lesern aus dem Verein standen aber andererseits auch Werke anderer Richtungen zur Verfügung, wie etwa Adam Müllers „Elemente der Staatskunst“ (1809), Rottecks „Staatsrecht der constitutionellen Monarchie“ (1839) und vor allem das Rotteck-Welckersche „Staatslexikon“ (1834), dann Carl Robert Sachsses „Historische Grundlagen des deutschen Staats- und Rechtslebens“ (1844), zahlreiche Werke des gleichfalls historisch orientierten Friedrich (v.) Bülau und von dem „geschichtlich-organisch“ operierenden Friedrich Schmitthenner „Grundlinien der Geschichte der Staatswissenschaften“ (1839)<sup>115</sup>. Dieses Lektürangebot in Wiens

<sup>109</sup> Vgl. zum Folgenden *Friedrich Engel-Jánosy*, Die Theorie vom Staat im deutschen Österreich 1815–1848, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 2 (1921) 360ff.; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland II (München 1992) 143, 148, im folgenden zitiert: *Stolleis*, Geschichte II; zu Schlegel und Müller: *Hans-Christof Kraus*, Die politische Romantik in Wien, in: *Robert Rill, Ulrich E. Zellenberg* (Hrsg.), Konservativismus in Österreich (Graz, Stuttgart 1999) 35 f.

<sup>110</sup> Vgl. *Lentze*, Universitätsreform (wie Anm. 2) 81 ff.

<sup>111</sup> *Rumpler*, Chance für Mitteleuropa (wie Anm. 89) 239ff.; auch *Harald Steindl*, Anton von Krauß-(Elislago) und die Gründung des Polytechnischen Instituts, in: *Christian Hantschk* (Hrsg.), Johann Joseph Prechtl. Sichtweisen und Aktualität seines Werkes (Perspektiven der Wissenschaftsgeschichte 8, Wien, Köln 1990) 41 f.; *Anton Joseph Emanuel von Kraus-Elislago*, Das christliche Staatsprincip (Wien 21842).

<sup>112</sup> *Brauneder*, Leseverein (wie Anm. 13) 487ff.

<sup>113</sup> Zu den Folgenden *Stolleis*, Geschichte II (wie Anm. 109) 54, 87 (Schmalz), 291 (Bitzer), 172, 427 (Röder).

<sup>114</sup> Oben bei Anm. 49.

<sup>115</sup> Vgl. *Stolleis*, Geschichte II (wie Anm. 109) 212f. bzw. 182.

wichtigster geistiger Vereinigung dokumentiert die zurückgegangene Bedeutung des Naturrechts, und tatsächlich wandte sich gerade hier die jüngere Generation ab etwa 1845 der Historischen Rechtsschule zu<sup>116</sup>.

In den Darstellungen des österreichischen Verfassungsrechts – wengleich nun unter anderen Titeln wie dem der „Statistik“<sup>117</sup> – wirkte aber das naturrechtliche Erbe noch insofern fort, als sie jener von Gustermann folgen bzw. einer ähnlichen Systematik wie der für den Politischen Kodex vorgeschlagenen. Naturrechtliche Erörterungen des Staates an sich freilich fehlen nun, erhalten blieb aber immerhin eine klare Übersicht mit der Folge, das auf unterschiedlichen zeitlichen, sachlichen und territorialen Quellen aufbauende Staats-Konglomerat der Habsburgermonarchie als nahezu logisch-systematisch aufgebauten Staat dargeboten zu bekommen. So folgt in Springers „Statistik des österreichischen Kaiserstaates“ von 1840<sup>118</sup> nach der Erläuterung der „Grundmacht“, nämlich „Das Land“ und „Das Volk/Die Bewohner“, der gewichtige Teil „Die Verfassung“, und zwar gegliedert nach zwei Abschnitten, nämlich „Die Staatsverfassung“ sowie „Landesverfassungen“. Im erstgenannten Abschnitt finden wir u.a. die Kapitel „Grundgesetze“, „Thronfolge, Großjährigkeit des Thronfolgers, Vormundschaft“, „Staatsform. Majestätsrechte“, im zweitgenannten Abschnitt unter anderem „Eintheilung der Länder in Bezug auf die Verfassung“. Der zweite Teil beschreibt die „Staatsverwaltung“, und zwar mit den Untergliederungen „Politische und polizeiliche Verwaltung“, „Justizverwaltung“, „Finanzverwaltung“, „Militärverwaltung“, „Rechnungscontrolle“ etc. In derartigen systematisch-kategorisierenden Darstellungen traten die Unterschiede, Schwächen, Brüche und Ungereimtheiten des Staatsaufbaus oft weit weniger zutage als in der Praxis, auch das Rückschrittliche wurde überdeckt: Beispielsweise galt die Vertretung nur bestimmter Städte und allenfalls Märkte auf den Landtagen als eine solche „des Bürgerstandes“ generell<sup>119</sup>.

## VII. Zusammenfassung

Insgesamt gedieh die Habsburgermonarchie über den Torso eines Naturrechtsstaates, wenn man diese Charakteristik überhaupt verwenden will, nicht hinaus. Ihre naturrechtlichen Anlagen blieben unvollständig, und dies sogar in ihrem cisleithanischen Teil, den allerlei Reformen zu einem Staat verdichtet hatten. Selbst hier ist ein vom Naturrecht inspirierter logisch-systematischer Staatsaufbau nicht gelungen, es war der „Prozeß der Staatsbildung in Österreich vorläufig nicht zum

<sup>116</sup> Brauneder, Leseverein (wie Anm. 13) 92 ff., 143 ff. (allgemein), 105 f. (Rössler), 109 f. (Perthaler), 300 (Stubenrauch), 306 (Unger).

<sup>117</sup> Bisinger, General-Statistik II (wie Anm. 48); insbes. Johann Springer, Statistik des österreichischen Kaiserstaates (Wien 1840), im folgenden zitiert: Springer, Statistik.

<sup>118</sup> Springer, Statistik I (wie Anm. 117) 1, 3 ff., 82 ff., 205 ff., 208 ff., 244 ff., 209 ff., 215 ff., 220 ff., 255 ff.; Springer, Statistik II (wie Anm. 117) 17 ff., 95 ff., 153 ff., 234 ff., 268 ff.

<sup>119</sup> Vgl. z. B. Springer, Statistik I (wie Anm. 117) 261.

Abschluß gekommen“<sup>120</sup>. Was die Rechtsordnung anlangt, erfüllten sich die Kodifikationsziele nicht, Strafgesetz 1803 und ABGB 1811 blieben die einzigen bedeutsamen und umfassenden Kodifikationen, der Zivilprozeß bestimmte sich nach zweierlei Gerichtsordnungen, ein Handelsgesetzbuch gab es nicht. Inhaltlich war mit Strafgesetz und ABGB der Höhepunkt der naturrechtlichen Gesetzgebung bereits überschritten. Im Privatrecht stellt diesen das Galizische Bürgerliche Gesetzbuch 1796 dar. Seine grundrechtsähnlichen Bestimmungen fanden keinen Eingang in das ABGB, dessen Eherecht blieb konfessionell gebunden, die Auslegung baute diese Bindung sogar noch aus, Ergänzungsverordnungen paßten beispielsweise seine Regelungen an die ständische Gesellschaft an und beschränkten, auch für deren Zwecke, die Eigentumsfreiheit.

Jene Bedingungen, die, wie oben beschrieben, nach Sonnenfels die „Liebe des Vaterlandes“ ausmachen sollten, fehlten: Es gab gute einheitliche Gesetze nur für Teilbereiche, wenngleich auch hier mit den genannten Einschränkungen. Im Staatsorganismus hinderte diese „Liebe“ der stete Wechsel der Zentralbehörden wie zum Teil auch der Mittelbehörden und die, abgesehen von den in der Napoleonischen Zeit abgetrennten Gebieten, unreformierte Stadt- und Patrimonialverwaltung. Die bereits vor der Französischen Revolution schrittweise geschaffenen Grundlagen zur Fortentwicklung des Untertanen zum freien Staatsbürger kam ins Stocken, es blieb bei der Kontrolle der Untertanen<sup>121</sup>.

Dieser Zustand von Staats- und Rechtsordnung tritt deutlich bei einem Vergleich mit Frankreich hervor. Eine gleichförmige und zentralisierte Verwaltungs- und Gerichtsorganisation vermochte die Habsburgermonarchie, selbst in dem „reformierten“ nichtungarischen Teil, dem cisleithanischen Staat, letztendlich nicht aufzuweisen. Frankreichs Rechtsordnung war in den „Cinque Codes“ für das Zivil-, Handels- und Strafrecht sowie das Zivil- und Strafprozeßrecht umfassend kodifiziert, das staatliche Eherecht konfessionsunabhängig, ständische Rechtsinstitute so gut wie abgeschafft. Zufolge des Umstandes, daß durch die vorübergehende Zugehörigkeit einzelner österreichischer Territorien zu den Illyrischen Provinzen Frankreichs dessen Staats- und Rechtsaufbau hier selbst in der Praxis bekannt geworden war, traten die Unterschiede auch den Zeitgenossen vor Augen, ähnlich in den vorübergehend bayerisch gewesenen Gebieten. Am ehesten hinterließ das Naturrecht seine Spuren im Josephinismus im weiteren Sinn, vor allem in der Beamtenschaft sowie in der neuen Rolle der Kirchen. Aber das vom Naturrecht geforderte Abstraktum Staat mit seinem einzigen Oberhaupt und einem einheitlichen Untertanenstand war in der Habsburgermonarchie nicht Realität geworden, für Hegel war sie daher „ein Aggregat von vielen Staatsorganisationen“<sup>122</sup>. Die außerungarischen Teile waren zwar aufgrund sämtlicher Reformen nach heutigen Kriterien zu einem Staat geworden, für manche Zeitgenossen allerdings stand das Wort „Staat“ weiterhin für das einzelne Land und nicht für

<sup>120</sup> *Osterlob*, Joseph von Sonnenfels (wie Anm. 70) 234.

<sup>121</sup> *Heindl*, Bildung und Recht (wie Anm. 11) 198 ff.

<sup>122</sup> *Ebd.* 184 f. (Hegel: 185).

die Gesamtheit. Selbst das gemeinsame „Vaterland“ wurde problematisch: Im Entwurf eines Aufrufs von 1813 kam das Wort zwar vor, Kaiser Franz allerdings ersetzte „Vaterland“ durch „Kaiser“<sup>123</sup>. Für die von Sonnenfels aufgrund naturrechtlicher Mittel propagierte „Liebe zum Vaterland“ fehlte so allein schon der Bezugspunkt.

<sup>123</sup> *Friedrich Walter*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte von 1500–1955 (Wien, Köln, Graz 1972) 120; *Josef Redlich*, Das österreichische Reichsproblem I/1 (Leipzig 1920) 54 f.

*Christof Dipper*

## Naturrecht und politische Reformen in Italien, 1750–1850

### I. Zum Forschungsstand

Im neuesten Forschungsüberblick zur italienischen Rechtsgeschichte fällt das Stichwort „Naturrecht“ nicht ein einziges Mal, obwohl vom 18. Jahrhundert viel und vom 19. natürlich noch ausführlicher die Rede ist<sup>1</sup>. Das ist wohl kein Zufall, denn dieser Forschungszweig – er ist in Italien ungleich besser ausgestattet als an deutschen Universitäten, nämlich durchweg mit eigenen Professuren – verdankt, wie Aldo Mazzacane in seinem Überblick nachweist, seinen beachtlichen Aufschwung in den letzten dreißig Jahren in erster Linie der vorrangigen Beschäftigung mit dem geltenden Recht im Ancien Régime und seinen Repräsentanten. Der juristische Humanismus des 15. Jahrhunderts und die Kodifikationsbemühungen in den vorunitarischen Staaten stehen seit Jahrzehnten im Mittelpunkt des Interesses. Außerdem hat sich, was das 19. Jahrhundert betrifft, die italienische Forschung insbesondere der Rezeption ausländischen Rechtsdenkens und dem Verfassungs-, dem Staats- und dem Verwaltungsrecht gewidmet. Dabei ist zweifellos Außerordentliches geleistet worden, auf das an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen zu werden braucht.

Im Grunde genommen müssen im Rahmen eines Forschungsüberblicks nur zwei Titel näher vorgestellt werden. Auch sie befassen sich typischerweise nur beiläufig mit dem Naturrecht im 18. und 19. Jahrhundert, stammen aber von prominenten Autoren und werden entsprechend häufig zitiert. Guido Fassòs mehrbändige Geschichte der Rechtsphilosophie<sup>2</sup> liefert naturgemäß eine Fülle von Material, weist meiner Ansicht nach jedoch drei mehr oder weniger erhebliche Mängel auf, nämlich erstens eine schwer durchschaubare Ordnung und Gliederung des Stoffs, zweitens – der Entstehungszeit des Werkes geschuldet – eher politische Bewertungskriterien (Fassò spricht gerne von „reaktionären“ oder „progressiven“ Autoren) und drittens fällt er über so gut wie alle untersuchten Juristen das

<sup>1</sup> Aldo Mazzacane, Neuere Rechtsgeschichte in Italien, in: Zeitschr. f. Neuere Rechtsgeschichte 14 (1992) 243–259.

<sup>2</sup> Guido Fassò, Storia della filosofia del diritto, Bd. 3: Ottocento e Novecento (Bologna 1970); im folgenden zit.: Fassò, Storia.

vernichtende Verdikt des „Eklektizismus“; beide Urteile sind wissenschaftsgeschichtlich gesehen wenig hilfreich. Solche Fehler vermeidet die Geschichte der modernen Rechtskultur Giovanni Tarellos<sup>3</sup>, doch bringt der Autor dem Naturrecht wenig Interesse entgegen und außerdem ist sein Werk ein Torso geblieben, der das 19. Jahrhundert nicht mehr erreicht. Tarello ganz großer Vorzug gegenüber Fassò ist, daß ihn sein Thema zur Zusammenschau von Ideengeschichte und Praxis zwingt und dadurch zu der interessanten These gelangen läßt, daß gerade die Naturrechtsdiskussion des 18. Jahrhunderts dem Positivismus des 19. vorgearbeitet habe. Sie ist mittlerweile allgemein anerkannt und dürfte nach gegenwärtigem Stand unserer Kenntnisse auch zutreffen.

Daß das Naturrecht so stiefmütterlich behandelt wird, hat weder etwas mit seiner tatsächlichen Bedeutung noch mit einer etwaigen Vernachlässigung des Zeitalters der Aufklärung zu tun. Von beidem kann keine Rede sein. Es harret ganz einfach noch seiner Entdeckung. Italien befindet sich damit, so gesehen, an einem Punkt, den Deutschland schon vor einem Vierteljahrhundert mit der Dissertation Diethelm Klippels verlassen hat<sup>4</sup>. Einen vergleichbaren Aufschwung wie seither hierzulande gibt es für die Apenninenhalbinsel nicht. Am mangelnden Interesse für die italienische Aufklärung liegt das ganz gewiß nicht. Diese profitierte vielmehr zunächst in ganz außergewöhnlichem Maße vom Erbe der Resistenza, deren Repräsentanten dem Nationalstaat und seinen Fehlentwicklungen das laizistisch orientierte Reformprojekt der italienischen Aufklärung entgegenhielten und ihm ihre ganze Schaffenskraft widmeten<sup>5</sup>. An erster Stelle ist hier natürlich Franco Venturi zu nennen<sup>6</sup>, dann seine Mitstreiter Guido Quazza, Sergio Bertelli und Marino Berengo, später dann Giuseppe Ricuperati<sup>7</sup>. Sie vermittelten der italienischen Aufklärungsforschung einen stark geistesgeschichtlichen Akzent. Die Sozi-

<sup>3</sup> *Giovanni Tarello*, Storia della cultura giuridica moderna, Bd. 1: Assolutismo e codificazione del diritto (Bologna 1976); im folgenden zit.: *Tarello*, Storia.

<sup>4</sup> *Diethelm Klippel*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts (Paderborn 1976); im folgenden zit.: *Klippel*, Freiheit.

<sup>5</sup> Verglichen mit *Horkheimers* und *Adornos* Dialektik der Aufklärung (Amsterdam 1947) näherte sich der italienische Antifaschismus diesem Thema also genau von der entgegengesetzten Seite. Es hat angesichts von Venturis Arbeitskraft und Deutungsherrschaft gute vierzig Jahre gebraucht, bis sich in Italien ein weniger naiver oder mindestens kritischer Blick auf die Aufklärung durchzusetzen begann, der sie nicht länger als interesselose Ausprägung eines benevolenten Reformismus betrachtete. Zu diesem Umbruch, der vor allem an der Revolutionszeit bzw. der napoleonischen Ära ansetzte und dann nach rückwärts, ‚voranschritt‘, siehe meinen inzwischen schon älteren Forschungsüberblick, der seither nicht ergänzt worden ist: *Christof Dipper*, Aufklärung und Revolution in Italien, in: Archiv für Sozialgeschichte 23 (1983) 379–438; im folgenden zit.: *Dipper*, Aufklärung. Neuerdings und sehr kritisch zu Venturi *Marcello Verga*, Le XVIII<sup>e</sup> siècle en Italie: le „Settecento“ riformateur?, in: Revue d’histoire moderne et contemporaine 45 (1998) 89–116.

<sup>6</sup> Zu ihm *Christof Dipper*, Franco Venturi und die Aufklärung, in: Das 18. Jahrhundert 20 (1996) 15–21.

<sup>7</sup> Einen aktuellen, aber sehr knappen und eher additiven Forschungsüberblick von *Giuseppe Ricuperati*, Les recherches italiennes sur le dix-huitième siècle. Tendances et problèmes, in: La ricerca sul XVIII secolo. Un panorama internazionale, hrsg. v. *Alberto Postigliola* (Rom 1998) 7–29. Dort etliche Hinweise auf frühere Forschungsberichte.

altes Geschichte führte dagegen lange Zeit ein Schattendasein, hatte aber immerhin einflußreiche Vertreter in Gestalt Furio Diaz' und Pasquale Villanis. Dasselbe läßt sich für den Staat, seine Institutionen und die politische Geschichte nicht behaupten. Diese Bereiche sind erst in den 1980er Jahren wieder zu Ehren gekommen, standen aber von vornherein in starker Konkurrenz zu jenen Themen, die die aus Frankreich importierte „nouvelle histoire“ favorisiert.

Diese mehr als knappe Skizze sei mit dem Hinweis auf die 1978 erfolgte Gründung einer italienischen Gesellschaft für die Geschichte des 18. Jahrhunderts beendet, die der in die Krise geratenen Aufklärungsforschung zu einem neuen Aufschwung verhelfen sollte. Diese Hoffnung hat sich, wenn auch nicht für den Bereich der Rechtsgeschichte, zunächst erfüllt, doch gilt die Aufmerksamkeit der Historiker und erst recht des großen Publikums inzwischen ganz anderen Epochen und Fragestellungen. Die Fundamentalkrise des italienischen Nationalstaates wird heute nicht mehr durch die Optik einer – verklärten – Aufklärung betrachtet, sondern direkt ins Visier genommen.

Gewinner im Wettlauf um öffentliche Aufmerksamkeit ist derzeit also wieder einmal das Risorgimento. Die ausgefeiltesten Methoden der Geschichtswissenschaft haben in den letzten Jahren hochdifferenzierte Antworten auf die Frage des Zusammenspiels von Nations- und Staatsgründung erlaubt. Die lange erstaunlicherweise vollständig vernachlässigte Sozialgeschichte der politischen Einigung gewinnt endlich ebenso deutliche Konturen wie die Geschichte der Mythen, Symbole und Diskurse im Zusammenhang der Nationsbildung. All das vollzieht sich vornehmlich außerhalb der altherwürdigen und dafür eigentlich ‚zuständigen‘ Gesellschaft für die Erforschung des Risorgimentos. Der Aufschwung der Rechtsgeschichte war davon, wie oben gezeigt, unabhängig, er folgte in erster Linie binnenwissenschaftlicher Logik. Die Rechtsphilosophie, über die sich bekanntlich im 19. Jahrhundert ein Zugang zum Naturrecht öffnet, verweigert sich im italienischen Falle diesem Weg. Der bis zu seinem Tode mit Abstand angesehenste Rechtsphilosoph, Norberto Bobbio, hat sich in seinen zahlreichen älteren und jüngeren Beiträgen zum Thema nur ganz abstrakt zum Naturrecht geäußert<sup>8</sup>. Nicht minder unhistorisch ist schließlich der Artikel im einschlägigen Spezialnachschlagewerk<sup>9</sup>. Der Forschungsstand ist damit für diese Epoche noch ungleich schlechter als für die vorangehende.

Der nachfolgende Beitrag hat es darum nicht einfach. Er kann und will nicht mehr als einen ersten Überblick über ein Thema geben, für das er sich, um es zu wiederholen, kaum auf Vorarbeiten stützen kann. Sämtliche Aussagen stehen daher unter dem Vorbehalt, daß die Forschungslücken größer sind als die Verbin-

<sup>8</sup> *Norberto Bobbio*, La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX, in: Bollettino dell'Istituto di filosofia del diritto 3 (1942) 73–94; *ders.*, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, in: Rivista di diritto civile 8 (1962) 503–515 (Buchausgabe Mailand 1965, <sup>2</sup>1972); *ders.*, Il diritto naturale nel XVIII secolo (Turin 1974); *ders.* u.a., Saggi di filosofia del diritto (Neapel 1993).

<sup>9</sup> *Giacomo Perticone*, Art. „Diritto naturale“, in: Nuovissimo Digesto Italiano, Bd. 5 (Turin 1960) 953–958.

dungsstege. Während aber für die Aufklärung noch einigermaßen fester Boden betreten werden kann, tun sich für die Folgezeit wahre Abgründe auf. Um dem mit Italien weniger vertrauten Leser zu helfen, werden zunächst einige sachdienliche allgemeinhistorische Hinweise vorausgeschickt (II.1 bzw. III.1), bevor dann in zwei Schritten die politische Funktionalität des Naturrechts zunächst im Zeitalter der Aufklärung (II.2), dann im frühen 19. Jahrhundert (III.2) skizziert wird.

## II. Die politische Funktionalität des italienischen Naturrechts in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts

### 1. Rahmenbedingungen

Jeden Tag schreite man auf dem Wege von der Metaphysik zu den mechanischen Künsten, von der Erörterung sittlicher Systeme zu den Erfindungen, von sterilen Schuldebatten zu Gegenständen der Wirtschaft, vom Naturrecht zu den positiven Gesetzen der Völker im Interesse privaten und öffentlichen Glücks weiter voran, und mit Hilfe genauer Beobachtungen und scharfsinniger Erörterungen komme man den Geheimnissen des Naturrechts täglich mehr auf die Spur – so bilanzierte 1783 ein Medizinprofessor der Universität Padua in einer Broschüre sein Zeiterleben<sup>10</sup>. Gerade weil es sich um die Feststellung eines nicht zu den intellektuellen Spitzen zählenden Mannes handelt, ist dieser geraffte Überblick glaubwürdig und belegt die Breitenwirkung, die die Aufklärung mittlerweile auf der italienischen Halbinsel erreicht hatte.

In der Tat hatte nach zögerlichen, weitgehend auf Neapel beschränkten Anfängen um 1750 ein Umbruch eingesetzt, dessen Urheber eine neue, in den 1730ern und 1740ern geborene Generation war, die ihre wichtigste Prägung von der deutlich zunehmenden kulturellen Hegemonie Frankreichs bezog, aber anders als dort in die Praxis drängte. Entstehung einer Öffentlichkeit mit den Mitteln moderner Publizistik und Beginn einer im Laufe der Zeit immer enger werdenden Zusammenarbeit mit den Monarchen waren weitere Kennzeichen des Wandels mit dem Ergebnis, daß die Aufklärung in Italien den Charakter einer entschiedenen Reformbewegung annahm, wie sie allenfalls noch in den führenden Territorien des Reiches, in Schottland und eventuell in Schweden zu beobachten war. Die Zentren dieser Symbiose politischer und intellektueller Eliten befanden sich nunmehr in Mailand, das Neapel an die zweite Stelle verwiesen hatte, und in der Toskana. Venedig war nur als Pressestandort wichtig, Modena ein aufgeklärter Kleinstaat. In Piemont und im Kirchenstaat mußten die Aufklärer mit Verfolgung rechnen.

Anders als das Venturi sehen wollte, richtete der aufgeklärte Reformismus seinen Blick wie überall in Europa sogleich auf das Problem der Herrschaft. ‚Bloße Macht‘ hatte in seinen Augen die Legitimation verloren, die Autorität sollte in die

<sup>10</sup> Zit. *Piero Del Negro*, Italia, in: *L'Illuminismo. Dizionario storico*, hrsg. v. *Vincenzo Ferrone* und *Daniel Roche* (Rom, Bari 1997) 432.

Schranken der Vernunft gewiesen werden, d.h. hatte sich vor ihr zu rechtfertigen. Damit waren drei Politikfelder angesprochen: das Verhältnis von Staat und Kirche, die wirtschaftliche Entwicklung und die Gesetzgebung als Instrument gesellschaftlicher Steuerung. Bei allen dreien war der Kontakt mit dem Naturrecht unvermeidlich, weil die Abkehr von der Tradition am ehesten unter Berufung auf den Naturzustand, abzulesen am Gesellschaftsvertrag als der ‚eigentlichen‘ Grundlage menschlichen Zusammenlebens, begründet werden konnte. Der Naturrechtsdiskurs fungierte also als eine politische Sprache im Sinne Pococks<sup>11</sup>, die allein schon durch ihren Gebrauch den Dingen ein anderes Gesicht verlieh. Dabei ist offensichtlich, daß die einen Aufklärer ‚zweisprachig‘ blieben, d.h. ihre positivrechtlichen Erörterungen lediglich mit einem dünnen naturrechtlichen Firnis überzogen, während die anderen so radikal Neues dachten, daß sie dies ausschließlich naturrechtlich begründen konnten. Filangieri steht für die gemäßigte Mehrheit, Beccaria für die radikale Minderheit, ohne daß dieser Unterschied etwas über die Rezeption ihrer Werke besagen würde; beide erfreuten sich internationalen Renommées, beide landeten gleichermaßen auf dem Index.

Damit ist die Rolle der Kirche angesprochen. Eigentlich müßte man für jedes Territorium eine eigene Geschichte schreiben, da der Grad der Selbständigkeit gegenüber dem Papsttum von Staat zu Staat sehr unterschiedlich ausgeprägt war. Neapel und Venedig hatten sich seit langem erhebliche Freiräume erkämpft, was Zensur und Wissenschaftsbetrieb betrifft, wurden aber, als die habsburgischen Gebiete ab den 1760er Jahren ihre staatskirchenrechtliche Politik begannen, von diesen rasch überholt. Die eifrigsten Verfechter dieses nachholenden (wenn man transalpine, insbesondere protestantische Länder zum Maßstab nimmt) Prozesses innerer Staatsbildung waren die Anhänger des Naturrechts, bei denen deshalb durchgängig antikuriale Grundsätze vorausgesetzt werden können. Die großen Erfolge, die aus der Sicht der aufgeklärten Reformer gerade in kirchenpolitischen Angelegenheiten erreicht wurden, blieben jedoch trügerisch angesichts der Weigerung maßgeblicher Kräfte innerhalb der Kirche, sich auf den spirituellen Teil ihres universalen Anspruchs zu beschränken. Von einer laizistischen Kultur jenseits der schmalen Schicht von Aufgeklärten kann jedenfalls im Italien des 18. Jahrhunderts keine Rede sein.

Die Aneignung naturrechtlichen Denkens durch jene bereits angesprochene Generation der nach 1730 Geborenen ist angesichts dieser Rahmenbedingungen ein Thema, das die Forschung seit langem beschäftigt. An den Universitäten wurde modernes Naturrecht so gut wie nicht gelehrt. Eine Ausnahme machte lediglich die in dieser Hinsicht zum deutschen Bildungskreis zählende Lombardei und für eine kurze Zeit in napoleonischer Zeit die Universität Parma. Wir finden daher in Italien kaum Lehrbücher insbesondere des Staats- und Völkerrechts und die aus Deutschland bekannten abstrakten Naturrechtssysteme, die wie dasjenige

<sup>11</sup> James G. A. Pocock, *The History of Political Thought*, in: *Philosophy, Politics and Society*, hrsg. v. Peter Laslett und W. G. Runciman (Oxford 1962) 183–202.

etwa von Wolff das gesamte Verhältnis von Individuum und Gesellschaft naturrechtlich zu durchdringen suchen.

Trotzdem konnten sich interessierte Leser mit entsprechenden Büchern versorgen. Die europaweit wohl renommiertesten Standardwerke, durchweg aus protestantischer Feder, vermochte die bis in die 1760er, vielerorts sogar bis in die 1770er Jahre nahezu allmächtige Inquisition nicht zu unterdrücken. Grotius, Pufendorf und Heineccius konnte man legal zitieren, sie wurden in Italien gedruckt, allerdings auffallend lange auf Lateinisch, also nur für ein gelehrtes Publikum<sup>12</sup>. Die in dieser Hinsicht von Klaus Luig zu Recht festgestellte „Verspätung Italiens“<sup>13</sup> bedeutete aber natürlich nicht, daß man diese Autoren oder gar die politischen Traktate Lockes, Montesquieus, Voltaires und selbst Rousseaus nicht gekannt hätte. Auch über die Verbreitung der Enzyklopädie – sie wurde unter anderem auch in Livorno gedruckt – ist seit langem vieles bekannt. Die Italiener waren, wie Venturi in seinem leider Torso gebliebenen „opus magnum“<sup>14</sup> nachgewiesen hat, und zwar vor allem mittels Analyse der zeitgenössischen Zeitschriften, bestens darüber informiert, was in Europa vor sich ging, und fanden jederzeit Mittel und Wege, sich die ‚verbotene‘ Literatur zu besorgen. Einen Diskussionsrückstand hat es allen Anstrengungen der Kirche zum Trotz nicht gegeben, jedenfalls nicht mehr nach den 1760er Jahren.

Wie gefährlich es gleichwohl war, modern argumentierende, also naturrechtlich fundierte Kampfschriften zu publizieren, zeigt eine Reihe von Beispielen. Erstens die anonyme Erscheinungsweise der wichtigsten Werke, oftmals noch zusätzlich verfremdet durch falsche Ortsangabe. Amidei, Beccaria, Gorani, Pilati, Vasco, Verri und viele andere haben selten oder niemals unter ihrem Namen publiziert. Zweitens sei auf die große Verfolgungsangst Beccarias mindestens zwischen 1764

<sup>12</sup> Die Verbreitung und Verwendung fiel in den geistigen Landschaften der Halbinsel sehr unterschiedlich aus. Wenn festgestellt worden ist, daß Pufendorf in Neapel durch das ganze 18. Jahrhundert hindurch von außerordentlicher Bedeutung gewesen ist (*Imbruglia* [s.u., Anm. 20] 103, Anm. 10), so hängt das mit der alten antikurialen Tradition und der vorsichtigen Reformpolitik der dortigen Eliten zusammen. Einen anderen Weg beschritten die überwiegend in Oberitalien beheimateten Kreise der Anhänger Muratoris, die Pufendorf gewissermaßen resakralisierten, indem sie das Naturrecht an die göttliche Offenbarung wieder zurückbanden. Dazu *Diego Quaglione*, Pufendorf in Italia. Appunti e notizie sulla prima diffusione della traduzione italiana del „De iure naturae et gentium“, in: *Il pensiero politico* 32 (1999) 235–250. Musterbeispiel ist der Übersetzer und Kommentator Pufendorfs Giambattista Almici, der auch Schriften gegen Beccaria und Voltaire verfaßte. Zu ihm bzw. zu seiner auf Barbeyrac fußenden Pufendorf-Ausgabe von 1757/59 jetzt der im Titel irreführende Aufsatz von *Stefania Stoffelli*, Assolutismo e diritto naturale in Italia del Settecento, in: *Annali ISIG* 26 (2000) 137–175. In der viel radikaleren Mailänder Aufklärung dagegen wurde Pufendorf oft nur zitiert, um ihn zu kritisieren. Dasselbe gilt für Heineccius, der gleichfalls in Neapel hoch geschätzt wurde, wie man aus der dort erschienenen Gesamtausgabe seiner Werke ersehen kann (Io. Gottl. Heineccii Opera omnia, 12 Bde. [Neapel 1759–1777]; Bd. 7 enthält das Pufendorfsche, Bd. 9 das Grotiusche Naturrecht), der aber von der „école de Milan“ nichts als geschmäht worden ist.

<sup>13</sup> *Klaus Luig*, Zur Verbreitung des Naturrechts in Europa, in: *Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis* 40 (1972) 539–557; im folgenden zit.: *Luig*, Verbreitung.

<sup>14</sup> *Franco Venturi*, Settecento riformatore, 5 Bde. in 7 Teilen (Turin 1969–1990).

und 1766 hingewiesen. Obwohl „*Dei delitti e delle pene*“ 1764 anonym erschienen war, setzte seitens der Kirche und der ihr nahestehenden Autoritäten sofort eine intensive Suche nach dem Autor ein, und der ohnedies etwas ängstliche Beccaria trug sich lange mit dem Gedanken, einen Ruf nach St. Petersburg anzunehmen, um der erwarteten Verfolgung zu entgehen. Um die aus seiner und aus der Sicht seines Freundeskreises unsinnigen Vorwürfe abzuwehren, verfaßten die Brüder Verri in wenigen Tagen auf die erste kirchliche Gegenschrift eine „*Risposta*“, die begreiflicherweise auf die Kirche und ihre Zensur um so weniger Eindruck machte, als sie aus Sicherheitsgründen ebenfalls anonym erscheinen mußte. Beccaria jedenfalls hat sich damals vorgenommen – und sich daran gehalten –, niemals wieder ein solch brisantes Werk zu publizieren. Dank der vor kurzem erfolgten Öffnung des Archivs der Inquisition wissen wir nunmehr auch, wie diese Institution die Verfolgungsjagd auf Autoren wie Beccaria, Verri und viele andere betrieben hat<sup>15</sup>. Wie weit sie damit kam, hing sehr von den politischen Rahmenbedingungen ab. In der Lombardei, der Toskana und dem Königreich Neapel konnte man von ca. 1770 an vergleichsweise sicher sein. Völlig anders war die Lage in Piemont, ganz zu schweigen vom Kirchenstaat selber. Der piemontesische Aufklärer Francesco Dalmaszo Vasco, immerhin ein hoher Adliger, wurde mehrfach inhaftiert, zuletzt 1791. Seine Papiere überantwortete der piemontesische Staat der Kirche, die moniert hatte, daß Vasco sich stets auf den Gesellschaftsvertrag berufe und die „unsinnigen Ideen Puffendorfs“ zitiere<sup>16</sup>. Vasco verstarb wenige Jahre später verbittert und vereinsamt in der Haft.

## 2. Naturzustand und Gesellschaftsvertrag

Eine kursorische Lektüre der wichtigsten<sup>17</sup> naturrechtlichen Texte führt zu dem Eindruck, daß im Vergleich zu Deutschland diese beiden Stichworte eher neben-

<sup>15</sup> *Girolamo Imbruglia*, *Il conflitto e la libertà. Pietro Verri da „Il Caffè“ alla „Storia di Milano“*, in: Pietro Verri e il suo tempo, hrsg. v. *Carlo Capra*, Bd. 1 (Mailand 1999) 460f.

<sup>16</sup> Aus dem Gutachten des Abate Berta „*le idee malsane di Puffendorf*“ – zitiert Venturi in seiner „*Nota introduttiva*“ zur Werkausgabe Vascos: *Illuministi italiani*, Bd. 3: *Riformatori lombardi, piemontesi e toscani*, hrsg. v. *Franco Venturi* (Mailand, Neapel 1958) 818; im folgenden zit.: *Illum. ital.*

<sup>17</sup> Man verzeihe diese kühne Aussage, sie ist nichts anderes als eine arbeitshypothetische Behauptung angesichts knapper Ressourcen. Herangezogen wurden folgende Autoren: *Cesare Beccaria*, *Dei delitti e delle pene* (1764), und zwar in der Ausgabe der Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria, hrsg. v. *Luigi Firpo*, Bd. 1 (Mailand 1984). Dort ist auch die so gut wie nie benutzte Urfassung Beccarias abgedruckt, die zwar für die Wirkungsgeschichte unerheblich, aber zur Entschlüsselung seines radikalen – und deshalb von den Redaktoren Alessandro und vor allem Pietro Verri unterdrückten bzw. geglätteten – Naturrechtsdenkens unentbehrlich ist; *Pietro Verri*, *Discorso/Meditazioni sulla felicità* (1763/81), in: *Opere filosofiche e di economia pubblica*, hrsg. v. *Pietro Custodi*, Bd. 1 (Mailand 1835); *ders.*, *Meditazioni sull'economia politica* (1771), in: *Scrittori classici di economia politica. Parte moderna*, Bd. 15, hrsg. v. *Pietro Custodi* (Mailand 1804); *Giuseppe Gorani*, *Il vero dispotismo* (1770), auszugsweise in: *Illum. ital.*, Bd. 3; *Francesco Dalmaszo Vasco*, *Delle leggi civili* (1766), auszugsweise in: *ebd.*; *ders.*, *Suite du Contrat social* (1765), auszugsweise in: *ebd.*; *ders.*, *Note*

sächlich sind. Es ist dies ohne Zweifel eine Folge der Praxisorientierung und der entsprechend pragmatischen, auf praktische Politik zielenden Autoren, die offensichtlich nur selten Anlaß haben, sämtliche Elementarbestandteile der Naturrechtstheorie auszubreiten. Den aufgeklärten Naturrechtsvertretern ist es um den Staat zu tun, nicht um die persönliche Freiheit – mit der großen Ausnahme Beccarias – oder um Erziehung, kaum um Menschenrechte. Reformen der politischen Institutionen und Instanzen sowie der verschiedenen Rechtsbereiche sind die vorrangigsten Anliegen der Autoren und ihre Schriften sind in der Regel kurz und eher essayhaft, am französischen Beispiel geschult.

Ein gutes Beispiel für die Spannbreite, die der Gesellschaftsvertrag bei italienischen Aufklärern hatte, sind Beccaria auf der einen und der vierzehn Jahre jüngere Filangieri auf der anderen Seite. Für Beccaria ist er die einzige Grundlage, von der aus sich staatlicher Herrschaftsanspruch, individuelle Freiheit und das gesamte Rechts- und Strafsystem begründen lassen, wobei hinzugefügt werden muß, daß bei Beccaria die Menschen nur jene „minima porzion possibile“<sup>18</sup> an natürlicher Freiheit abgetreten haben, die zum Funktionieren des Staates unabdingbar ist. Der Staat hat entsprechend geringe Befugnisse, der Souverän ist nur der Depositar des allgemeinen Willens und kann folglich nur jene „minima delle [autorità] possibili“ beanspruchen, die zur Aufrechterhaltung der gesellschaftsvertraglichen Zwecke nötig sind; alles andere wäre „tirannia“<sup>19</sup>. Nur weil er so strikt am maximalen Umfang des in die bürgerliche Gesellschaft hinübergeretteten Naturzustands festhält, kann Beccaria die Todesstrafe ablehnen. Filangieri ist dagegen nur insoweit Naturrechtler, als er die Gesetze einem transzendenten Prinzip unterworfen wissen und damit von der Übermacht der Tradition und vom alleinigen Willen des Monarchen befreien will. Unmittelbar nach dieser Gedankenoperation argumentiert er dann kontextabhängig: historisch, politisch, sozialkulturell, klimatisch. Wie sein Vorbild Montesquieu favorisiert auch Filangieri eine durch Adel gemäßigte Monarchie, die er zwar, wie den Staat überhaupt, auf „tranquillità“ und „conservazione“ – sinngemäß mit ‚Freiheit‘ und ‚Eigentum‘ zu übersetzen – verpflichtet, doch hat sein Staat zur Durchsetzung dieser Ziele erhebliche Befugnisse,

all'Esprit des loix (1780er Jahre), auszugsweise in: ebd.; *Francesco Maria Gianni*, *Meditazione sul dispotismo* (1781?), auszugsweise in: ebd.; *Memorie sulla costituzione di governo immaginata dal Granduca Pietro Leopoldo da servire all'istoria del suo regno in Toscana* (1805), auszugsweise in: ebd.; *Cosimo Amidei*, *La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti* (1768), in: *Opere di Cosimo Amidei*, hrsg. v. *Antonio Rotondò* (Turin 1980); *Gaetano Filangieri*, *La scienza della legislazione*, (1780–1788), 5 Bde. (Mailand 21784–1791).

<sup>18</sup> *Beccaria*, *Dei delitti* 139. Das folgende Zitat 145. Aus Gründen der Tarnung, d.h. nach den zunächst gefährlich erscheinenden Angriffen kirchlicher Gegner, versuchte Beccaria im Vorwort der sog. 5. Auflage von 1766 so zu tun, als rede er überhaupt nicht vom modernen und als interessiere er sich erst recht nicht für das scholastische Naturrecht: *A chi legge*, in: *Dei delitti* 20 (in der deutschen, von *Wilhelm Alff* besorgten Übersetzung [Frankfurt 1966] 46). Wohlweislich gab er diesen Text nicht seinem französischen Übersetzer, um nicht im Mutterland der Aufklärung als Renegat zu gelten, nachdem d'Alembert und Voltaire ihm höchste Anerkennung für seine intellektuelle Brillanz ausgesprochen hatten. Vgl. dazu den Kommentar *Francionis*, *Dei delitti* 302.

<sup>19</sup> Ebd. 145. „Tirannia“ ist das Schreckwort, nicht „dispotismo“. Mehr dazu in Abschn. 3.

denn der Naturzustand habe gerade hierin gewissermaßen versagt, könne also kein Maßstab sein<sup>20</sup>. Aus gutem Grunde, wie man gleich sehen wird, hat sich diese zweite Richtung durchgesetzt, für die das Naturrecht eigentlich eine „Zweitsprache“ ist, auf die man bei gewissen Anlässen zurückgreift, in der man sich aber nicht wirklich heimisch fühlt.

### 3. *Naturrecht und Staat*

Nach 1750, genauer: von den 1760er Jahren an, machen die Spannungen zwischen den aufgeklärten Wortführern der Aufklärung und den Monarchen einem Prozeß der Annäherung Platz, der bis zum Eintritt namhafter Repräsentanten der Aufklärung, übrigens in unserem Falle durchweg Adlige, in den Staatsdienst reicht. Von den hier untersuchten Autoren verweigern nur Gorani und Vasco diesen Schritt, was nicht heißen soll, daß alle übrigen mit ihren Karrieren zufrieden waren; für Verri und Filangieri gilt das ausdrücklich nicht. Gleichwohl bewirkt dieser Schritt ein Zusammengehen der Interessen von Monarchen und Aufklärern – mindestens aus der Perspektive der letzteren, die sich denn auch, wie in Frankreich die Physiokraten, als die legitimen Berater, ja im Grunde als die eigentlich zur Herrschaft Berufenen fühlen.

Der Schritt in die politisch-administrative Praxis (gelegentlich blieb es beim bloßen Wunsch) hat natürlich Konsequenzen für die Ausgestaltung der bürgerlichen Gesellschaft. Oberstes Ziel der Naturrechtsanhänger ist, wie man in Anlehnung an Nipperdey sagen könnte, der ‚starke Staat‘. Er soll erreicht werden durch die Befreiung des Staates aus den Bindungen an die Stände (also an Adel und Kirche) und an die Tradition (vornehmlich an das römische Recht), ohne aber deshalb an eine aus dem Naturzustand herübergerettete Freiheit der Untertanen gebunden zu sein. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrags dient daher fast ausschließlich diesem Ziel. Als Folge davon ist eine originelle Staatstheorie in der Regel nicht sichtbar. Viele Aufklärer, besonders die ober- und mittelitalienischen, pflegen deswegen gerne auf den „despotisme éclairé“ der Physiokraten zurückzugreifen. Was der „vero despota“ ist, wird ausführlich erörtert. Anders als insbesondere in der zeitgenössischen deutschen Debatte handelt es sich dabei nicht um einen Schreck-, sondern um einen positiv besetzten Begriff. Alles läuft auf den „savio

<sup>20</sup> *Filangieri*, *La scienza*, Bd. 1, 47 u.ö. Näheres dazu bei *Dino Fiorot*, *Alcune considerazioni sulle idee sociali ed economiche di Gaetano Filangieri*, in: *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, eingeleitet v. *Antonio Villani* (Neapel 1991) 337–359. Muß man nach allem Gesagten noch hinzufügen, daß Filangieri die Todesstrafe befürwortet, allerdings für maßvollen Umgang mit ihr ist? Als Grund, weshalb man im Neapel Genovesis und Filangieris mit Beccarias Naturrechtsentwurf so wenig anfangen konnten, nennt Imbruglia genau dessen Verzicht auf einen starken Staat. Im chaotischen, durch Volksaufstände gefährdeten Neapel habe man Policey, nicht Grundrechte gebraucht, um zurechtzukommen. *Girolamo Imbruglia*, *Riformismo e illuminismo. Il „Dei delitti e delle pene“ tra Napoli e Europa*, in: *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi. Atti del Convegno*, hrsg. v. *Vincenzo Ferrone* und *Gianni Francioni* (Florenz 2000) 99–126; im folgenden zitiert: *Cesare Beccaria*.

legislatore“<sup>21</sup> hinaus, der, im Dienste der Aufklärung stehend (d.h. von Aufklärern beraten), radikale Reformen in Staat und Gesellschaft durchsetzt. Aus Gründen, die nicht einfach zu entscheiden sind, ist in der Lombardei das dabei verwendete Vokabular besonders radikal: Man spricht gerne vom „despota“, ja sogar vom „dittatore“, und alles ist positiv, im Blick auf Josef II. gemeint; kein Wunder, daß dann gerade dort auch die Enttäuschung um so größer ist, als sich herausstellt, daß dieser „despota“ sich zunehmend weniger von den Mailänder Aufklärern beraten läßt<sup>22</sup>.

Mit mehr Einsicht in die politischen Zusammenhänge, man könnte auch sagen: weniger naiv argumentiert man in der Toskana und im Königreich Neapel – teils weil die Autoren bereits hohe Beamte sind, teils aber auch – dies gilt insbesondere für Süditalien – weil das Vertrauen in den Monarchen nicht besonders groß ist. Filangieri etwa macht die Wortspiele um „despota“ und „dispotismo“ zu keiner Zeit mit<sup>23</sup>. Sowohl die politische Wirklichkeit seiner Heimat als auch seine Abhängigkeit von der politischen Theorie und Sprache Montesquieus hindern ihn am positiven Gebrauch des Wortes ‚Despotie‘.

So oder so – kein Autor vermag dem Staat eine klare, unübersteigbare Grenze seiner Kompetenzen zu ziehen. Von Menschenrechten ist zwar immer wieder die Rede, doch handelt es sich hierbei in aller Regel um eine rhetorische Floskel, die dem emphatischen Sprachgebrauch dienen soll. Ein gutes Beispiel ist Filangieri. „I sacri diritti dell’umanità“ verlangten ebenso wie die Not seines Vaterlandes, daß er über die Feudalität spreche, obwohl das, wie er hinzufügt, gegen seine eigenen materiellen Interessen verstoße. Der ‚Nachweis‘, daß der Adel zwar wichtig sei, aber keine politischen Prärogativen besitzen dürfe, schon gar keine erblichen, wird dann aber nicht naturrechtlich, d.h. aus dem Grundsatz allgemeiner Gleichheit auch in der bürgerlichen Gesellschaft, sondern pragmatisch-politisch geführt: Eine moderne Behördenverfassung stelle ganz einfach eine bessere Sicherung „contro gli abusi dell’ autorità del monarca“ dar als ein Feudaladel<sup>24</sup>.

Die Sicherung der Freiheit – der bürgerlichen und erst recht der politischen – ist unter diesen Umständen ein ungelöstes Problem, solange nicht über eine Verfassung nachgedacht wird. Die italienische Aufklärung unterscheidet sich hier in nichts von der europäischen insgesamt (allerdings gibt es hier wie dort Ausnahmen, auf die wir noch zurückkommen). Das ist um so erstaunlicher, als der gesamte Naturrechtsdiskurs, den man mit Recht „die herrschende Sozialphilosophie der Zeit von 1600 bis 1800“ genannt hat<sup>25</sup>, diese Frage stets als sein wichtigstes Anliegen bezeichnet und Freiheit nur im Staat, also als Ergebnis des Gesellschafts-

<sup>21</sup> *Gorani*, Vero dispotismo 497.

<sup>22</sup> Dazu *Christof Dipper*, ‚Despotie‘ und ‚Verfassung‘: Zwei Freiheitskonzepte der Mailänder Aufklärung, in: *Beiträge zur Begriffsgeschichte der italienischen Aufklärung im europäischen Kontext*, hrsg. v. *Helmut C. Jacobs* und *Gisela Schlüter* (Frankfurt 2000) 23–59.

<sup>23</sup> *Filangieri*, *La scienza*, hier zit. nach: *Illumin. ital.*, Bd. 5: *Riformatori napoletani*, hrsg. v. *Franco Venturi* (Mailand, Neapel 1962) 718.

<sup>24</sup> Ebd. 717, 718.

<sup>25</sup> *Luig*, *Verbreitung* 539.

vertrags, für möglich erachtet hat. Nach nahezu allgemeiner Ansicht kann es, von England abgesehen<sup>26</sup>, Freiheit nur im reformorientierten Staat des (aufgeklärten) Absolutismus geben.

Es bestand unter den italienischen Aufklärern keine Einigkeit, wie dieses Ziel zu erreichen sei. Beim Blick auf die Halbinsel als Ganzes kann man idealtypisch von drei Denkschulen sprechen, von denen zwei bei näherem Hinsehen rein politisch-pragmatisch argumentierten, aber, um besser gehört zu werden, ihre Aussagen mit naturrechtlicher Patina versahen, während die dritte, allerdings sehr im Verborgenen, politische Freiheit zum staatlich geschützten Naturrecht erhob und eine entsprechend revolutionäre politische Neuordnung entwarf.

Die Mailänder Aufklärung empfiehlt, mit der erwähnten Ausnahme Beccarias, das Rezept unbedingter Stärkung der monarchischen Prerogative: Je absoluter der Herrscher, desto besser steht es um die Freiheit der Untertanen. Da die Mailänder den fürstlichen Absolutismus zur Durchsetzung ihrer Ziele zu benötigen glauben, verzichten sie bewußt auf alle weitergehenden politischen Ansprüche oder Sicherungen, die aus dem Theorem des Gesellschaftsvertrags hergeleitet werden könnten. Daher der provokatorische Sprachgebrauch von „despota“, daher auch das von einigen theoretisch geradezu in Abrede gestellte Recht auf Eigentum und daher schließlich die Weigerung Verris, die „politische“ als eine von „bürgerlicher“ unterschiedene Freiheit zu betrachten<sup>27</sup>.

Filangieri setzt in Neapel dagegen ganz auf die Gesetzgebung. Werde sie ‚wissenschaftlich‘ betrieben, so erfülle sie eine doppelte Maxime: Erstens naturrechtliche Grundsätze – das sei die „bontà assoluta delle leggi“ –, die jedermann einsichtig sind wie z. B. Moral, Elternliebe, Schamgefühl usw. als Grenze gesetzgeberischer Befugnisse; zweitens dann aber die den jeweiligen Umständen angepaßten Grundsätze – die „bontà relativa delle leggi“ –, die sich nur von Fall zu Fall konkretisieren lassen<sup>28</sup>. Ein schwieriges Unterfangen, wie Filangieri nicht müde wird zu betonen, und hier schlägt folglich die Stunde der aufgeklärten Experten. Denn neben Aufklärung und Erziehung des Volkes bedarf es zur institutionellen Sicherung der Qualität der Gesetzgebung nicht nur einer „Versammlung der Angesehenen“, die die Gesetze mitberaten, sondern ihnen vorgeschaltet denkt sich Filangieri einen „Zensor“, der den Alterungsprozeß und Geltungsverlust der Gesetze

<sup>26</sup> Allerdings mußte sich England seit den 1780er Jahren bei vielen Beobachtern eine Abwertung als politisches Vorbild auf Kosten Nordamerikas gefallen lassen. Für Italien dazu *Franco Venturi*, *Settecento riformatore*, Bd. 4/1: *La caduta dell'Antico regime (1776–1789)*. I grandi stati dell'Occidente (Turin 1984) Kap. 2.

<sup>27</sup> Näheres dazu bei *Christof Dipper*, *Politischer Reformismus und begrifflicher Wandel*. Eine Untersuchung des historisch-politischen Wortschatzes der Mailänder Aufklärung 1764–1796 (Tübingen 1976) 64ff., 125ff.; im folgenden zit.: *Dipper*, *Reformismus*.

<sup>28</sup> *Filangieri*, *Scienza*, Buch I, Kap. 4 u. 5. Der deutsche Rezensent schrieb, die „absoluten Gesetze“ seien „mit dem allen Menschen faßlichen Naturrecht“ identisch. *Johann Christian Siebenkaes*, in: *Allgemeine Juristische Bibliothek* 4 (1784) 21; zit. *Paolo Becchi*, *Kurt Seelmann*, *Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung* (Frankfurt 2000) 103.

beobachtet und zur allgemeinen Kenntnis bringt (ohne freilich selbst legislative Befugnisse zu besitzen)<sup>29</sup>.

Filangieri brachte hier offensichtlich eine gemeineuropäische Vorstellung aufgeklärten Regierens auf den Punkt, denn er erfuhr mit seinem Werk sogleich internationale Zustimmung, wurde mehrfach übersetzt und zum Ziel europäischer Reisender<sup>30</sup>. Das Naturrecht war bei ihm zwar präsent, aber weit in den Hintergrund gerückt. Wenn es um die Praxis ging, spielten weder Naturzustand noch Gesellschaftsvertrag ernstlich eine Rolle, sondern die jeweiligen Gegebenheiten.

Beiden Optionen liegt eine angenommene Identität der Interessen von Untertanen und Monarchen zugrunde, deren einzige empirische Grundlage der Kampf gegen die sogenannten „Zwischengewalten“ ist. Die Wirklichkeit sah anders aus und das erklärt die zunehmenden Schwierigkeiten bzw. Spannungen zwischen Aufklärung und politischer Führung, auch wenn der nächste Abschnitt durchaus reformorientiert war.

Die ganz große Ausnahme in dieser Hinsicht ist Beccaria. Ihn interessiert weniger der Staat als die Gesellschaft. Sein radikaler Ordnungsentwurf zielt auf Sicherung eines Maximums an individueller Freiheit durch Strafrechtsreform, in der zwischen den Zeilen eine egalitäre, republikanisch lesbare (so jedenfalls in der Revolutionszeit) Gesellschafts- und Staatsordnung enthalten ist, befreit von aller Tradition. Beccaria geht es nicht ums Naturrecht als solches, sondern dieses benutzt er als Instrument zur Aushebelung des gemeinen oder, wie man gerade im Hinblick auf Italien sagen müßte, römischen Rechts. Er machte damit, und zwar keineswegs ungewollt, die positivistischen Tendenzen der aufgeklärten Rechtsdiskussion so stark, daß Tarello in Josef II., Leopold I. und noch in Napoleon seine wahren Schüler sieht<sup>31</sup>.

Während sich also Beccaria, der einzig wirklich originelle Kopf im damaligen Italien, in der Praxis durchsetzt – begrenzt aufs Strafrecht natürlich, und auch da nur zu mehr oder minder großen Teilen –, kann man im Hinblick auf die beiden politischen Optionen feststellen, daß sich keine bewährt hat. Pietro Verri muß am eigenen Leibe erfahren, wie wenig ein absolut gewordener Monarch sich die spezifischen Interessen des Herzogtums Mailand oder, deutlicher noch, die Sichtwei-

<sup>29</sup> *Filangieri*, Scienza, Buch I, Kap. 8.

<sup>30</sup> Zu Deutschland *Paolo Becchi*, Die Anfänge der Wirkungsgeschichte Filangieris in Deutschland und seine Bedeutung für die europäische Aufklärung (Saarbrücken 1982); *ders.*, Gaetano Filangieri und die neapolitanische Schule, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 71 (1985) 199–217. Ferner zu Filangieri als deutschem Reiseziel und zum positiven zeitgenössischen Neapel aus deutscher Sicht (und zu dessen Verkehrung ins Gegenteil nach 1800) jetzt *Kai Kufelke*, Himmel und Hölle in Neapel. Mentalität und diskursive Praxis deutscher Neapelreisender um 1800 (Köln 1999) 117f.

<sup>31</sup> *Tarello*, Storia 480. Gemeint sind das toskanische Strafbuch von 1786, das altertümlichere österreichische von 1787 und der Code Pénal von 1810. Hinzufügen könnte man den allerdings gescheiterten Versuch, in der Lombardei ein modernes Strafbuch einzuführen. Beccaria war Mitglied der damit befaßten Kommission. Die Todesstrafe sollte nicht vollständig abgeschafft werden.

sen und Ratschläge aufgeklärter Mailänder Patrizier zu eigen machte<sup>32</sup> (zu Recht aus Wiener Sicht übrigens), und rückte deshalb allmählich von seiner pro-absolutistischen Naturrechtstheorie ab. Filangieri gelingt erst gar nicht der Beginn einer administrativen und Beraterkarriere. Verbittert zieht er sich in die Einsamkeit der kampanischen Provinz zurück. Sein früher Tod bewahrt ihn vor noch größerer Desillusionierung, vor allem vor der die neapolitanischen Intellektuellen tödlich bedrohenden Katastrophe des Jahres 1799. – Die dritte Option, wie die Freiheit der Bürger in der bürgerlichen Gesellschaft zu sichern sei, ging im Gegensatz zu den beiden anderen vom tiefen Mißtrauen nicht nur gegenüber einer erneuerten, im Grunde aber traditionellen ‚Gesetzgebungswissenschaft‘ aus, sondern auch gegenüber dem Absolutismus in seiner modernen Form. Ihr gilt unser nächster Abschnitt.

#### 4. Verfassung

Wenn wir mit Klippel die entscheidende Schranke, die das ‚jüngere‘ vom ‚älteren‘ Naturrecht trennt, im Konstitutionalismus sehen wollen, dann setzte die Überwindung dieser Schranke in Italien nicht nur früher ein als in Deutschland<sup>33</sup>, sondern sie kam, jedenfalls auf dem Papier, auch ein gutes Stück weiter voran. Gewiß blieb der Konstitutionalismus ein Randphänomen. Die große Mehrheit der naturrechtlich argumentierenden Denker im späten 18. Jahrhundert hat noch lange von einer geschriebenen Verfassung mit Grundrechtskatalog und anderen Sicherungen der Freiheit der Bürger nichts wissen wollen – ob aus politischem Unverständnis, aus Vertrauen in die Monarchen oder aus Mißtrauen gegenüber dem ‚Volk‘. Das war freilich ein gemeineuropäisches Phänomen.

Die von den Aufklärern unterstellte Interessenidentität mit ihren Monarchen endete meistentorts schon bei der Erörterung politischer Tagesfragen. Man konnte sie nur in Briefen, klandestin natürlich und allenfalls noch in Reiseberichten riskieren<sup>34</sup>. Wer offen über die Verfassung als Mittel zur Begrenzung und Reformierung der königlichen Prerogative schrieb, hatte scharfe Verfolgung zu gewärtigen.

<sup>32</sup> Zur vielleicht schlichteren, jedenfalls deutschen Version naturrechtlichen Reformismus bei den eigentlichen Trägern der habsburgischen Verwaltung in Mailand, den gehobenen Beamten bürgerlicher Herkunft, *Carlo Capra*, *Lo sviluppo delle riforme asburgiche nello Stato di Milano*, in: *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo*, hrsg. v. *Pierangelo Schiera* (Bologna 1981) bes. 179ff. Capra nennt Wolff, Thomasius, Justi und Sonnenfels als die in diesen Kreisen am meisten gelesenen Autoren.

<sup>33</sup> Das ergibt sich aus einem Blick in: *Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland. Texte deutscher Verfassungsentwürfe am Ende des 18. Jahrhunderts*, hrsg. v. *Horst Dippel* (Frankfurt 1991); dort sind nur Entwürfe aus den 1790ern abgedruckt, die alle folgenlos geblieben sind.

<sup>34</sup> Das sind die Quellen, neben diplomatischen Berichten vor allem englischer Provenienz, aus denen Venturi seine Informationen zu den zeitgenössischen Stimmen über den korsischen Aufstand und die damit im Zusammenhang stehenden Verfassungsprojekte schöpfte. *Franco Venturi*, *Settecento riformatore*, Bd. 5/1: *L'Italia dei lumi (1764–1790). La rivoluzione di Corsica. Le grandi carestie degli anni sessanta. La Lombardia delle riforme* (Turin 1987) Kap. 1.

Vasco, der piemontesische Adlige, von dem bereits die Rede war, verbrachte deshalb Jahre im Gefängnis, nachdem die piemontesischen Behörden schon seine Erörterung der korsischen Frage mit großem Mißtrauen verfolgt hatten.

Tatsächlich hat der korsische Aufstand zu einer Reihe von Verfassungsentwürfen aus italienischer Feder in den Jahren 1765 und 1766 geführt: Gorani, Pauli und Vasco lieferten – ganz abgesehen von Rousseau – entsprechende Projekte, die damals allerdings kaum bekannt wurden. Vasco legte einen ganz ungewöhnlich progressiven Text vor. Um die „liberté naturelle et civile“, wie er schrieb<sup>35</sup>, so weit als möglich zu erhalten, entwirft er eine Fülle von ‚checks and balances‘, denn er mißtraut im Gegensatz zu seinem Vorbild Rousseau der direkten Demokratie. „La liberté n’est pas aliénable. La souveraineté ne l’est pas plus. Le roi n’est donc qu’un gouverneur. Il suit de ceci que le pouvoir législatif ne peut appartenir qu’au peuple, qui est le véritable souverain et, au contraire, le pouvoir exécutif ne peut appartenir qu’au roi, qui est le gouverneur.“<sup>36</sup> Die verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien erhalten daher besondere Bedeutung: Gewaltenteilung natürlich, ferner Wahlmonarchie, Parlament, allgemeines Wahlrecht der Familienväter und sogar die Möglichkeit von ‚modern formuliert, ‚impeachments‘.

Keiner der Verfassungsentwürfe für Korsika kam aus der Mitte der Korsen selber<sup>37</sup>. Es war die typisch aufgeklärte Volksbeglückung von oben, dabei ein ‚Volk‘ voraussetzend, das es empirisch gar nicht gab. Kein Wunder, daß eine Erfolgchance nicht einmal ansatzweise bestand.

So gesehen, gehört auch das toskanische Verfassungsprojekt in diese Kategorie, denn es entsprach erkennbar so wenig der eigentlich vorauszusetzenden ‚volonté générale‘<sup>38</sup>, daß man es sogar vor den eigenen Untertanen geheimhalten mußte.

Die politische Selbstentmannung eines absoluten Monarchen im Namen des Naturrechts zeigt wahrscheinlich besser als vieles andere den außerordentlichen Nimbus dieser regulativen Idee im späten 18. Jahrhundert. 1779 gab der toskanische Großherzog Pietro Leopoldo, den Martini in Wien im Naturrecht unterrichtet hatte<sup>39</sup>, bei seinen höchsten Beamten die Ausarbeitung einer Verfassung in Auftrag, nachdem er selbst seine Gedanken über eine Ständeversammlung, wie er es

<sup>35</sup> Vasco, Suite, in: *Illum. ital.*, Bd. 3, 833. Es folgt das ganze, sich angeblich strikt an Rousseaus Vorgaben haltende konstitutionelle Programm, das laut Venturi eines der interessantesten italienischen Verfassungsprojekte des 18. Jahrhunderts darstellt; ebd. 816.

<sup>36</sup> Zit. *Venturi*, *Settecento*, Bd. 5/1, 83.

<sup>37</sup> Das gilt auch für die von Pasquale Paoli verfaßte und von den korsischen Aufständischen 1755 verabschiedete sogenannte Konstitution, in Wahrheit ein Organisationsstatut der Provinzialrepräsentanten, der „Dieta generale“. Sie ist abgedr. bei *Gerda Graf*, *Der Verfassungsentwurf aus dem Jahr 1787 des Granduca Pietro Leopoldo di Toscana*. Edition und Übersetzung. Das Verfassungsprojekt (Berlin 1998) 281f., A. 21; im folgenden zit.: *Graf*, *Verfassungsentwurf*.

<sup>38</sup> Man war sich dessen durchaus bewußt (vgl. den undatierten Brief Giannis an den Großherzog; zit. in: *Illum. ital.*, Bd. 3, 1039, Anm. 1), sah aber keine Alternative.

<sup>39</sup> *Karl Anton von Martini*, *Lehrbegriff des Natur-, Staats- und Völkerrechts* (Wien 1783/84; ND Aalen 1969) Vorwort. Der Inhalt dieses Buches war Gegenstand des Prinzenunterrichts Anfang der 1760er Jahre.

nannte<sup>40</sup>, zu Papier gebracht und dafür etliches Material zu den nordamerikanischen Verfassungen, zu Turgots Munizipalitätenentwurf von 1775 und anderes durchgearbeitet hatte. Ihr liegt gewissermaßen ein „Gefährdungsbewußtsein“ „von oben“<sup>41</sup> zugrunde, gespeist aus der großherzoglichen Sorge vor dem „dispotismo ministeriale“<sup>42</sup> einerseits und den angekündigten Eingriffen seines in Wien regierenden Bruders Josef II. andererseits. Diese Verfassung sollte, wie es in § 11 der Version von 1787 heißt, den Untertanen ihre „piena libertà naturale“<sup>43</sup> zurückgeben und damit das toskanische Reformwerk krönen sowie nicht zuletzt einer „absolut gerechtfertigten Rebellion“ zuvorkommen, wie Gianni, ihr Autor, formulierte<sup>44</sup>. Zahlreiche Gutachten der Berater und drei Textentwürfe von 1782, 1787 und 1789 liegen vor, deren verfassungsgeschichtliche Bedeutung hier um so weniger zur Diskussion steht, als das Vorhaben bekanntlich unausgeführt blieb und die Öffentlichkeit davon überhaupt erst 1825, auch dann noch an sehr versteckter Stelle, erfuhr<sup>45</sup>.

Im Vergleich zu diesen beiden Frühstartern bedurfte das Gros der italienischen Naturrechtsanhänger, wie gesagt, mindestens der Französischen Revolution, um dem Gedanken einer geschriebenen Verfassung im Interesse der Sicherung von Grund- und Menschenrechten näherzutreten. Mit dem Blick auf die in den 1790er Jahren entstandenen Verfassungsprojekte, in denen es dann auch schon, insbesondere im 1796 von der franko-lombardischen Zivilverwaltung ausgerufenen Wettbewerb<sup>46</sup>, zugleich um die nationale Einheit ging, verlassen wir jedoch den Boden spezifisch italienischer Naturrechtsdiskussion und treten in die Anfänge der italienischen Verfassungsgeschichte ein. Diese ist hier jedoch nicht das Thema<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Idea sopra il progetto della creazione dei stati, abgedr. bei *Joachim Zimmermann*, Das Verfassungsprojekt des Großherzogs Peter Leopold von Toskana (Heidelberg 1901) Beilage 6.

<sup>41</sup> *Klippel*, Politische Freiheit 200, nennt das „Gefährdungsbewußtsein gegenüber Herrschaft und staatlicher Tätigkeit“ als Auslöser für die Suche nach naturrechtlicher Sicherung der Freiheit.

<sup>42</sup> *Gianni*, Memorie, in: *Illum. ital.*, Bd. 3, 1049.

<sup>43</sup> Abgedr. in: *Graf*, Verfassungsentwurf 23.

<sup>44</sup> Giannis wohl 1781 verfaßte Denkschrift ist voller naturrechtlicher Kernbegriffe und argumentiert, der politische Naturzustand sei die Demokratie, die es deshalb wiederherzustellen gelte, sonst drohe eben „la più legittima ribellione“; *Meditazione*, in: *Illum. ital.*, Bd. 3, 1068.

<sup>45</sup> Insider hatten natürlich davon Kenntnis, so z.B. der 1790 mit Leopold aus Florenz zurückkommende Mathematiklehrer seiner Kinder, Andreas Freiherr von Riedel. Er legte 1791 dem nunmehrigen Kaiser einen Verfassungsentwurf vor, der freilich altertümlichere Züge trug als die in der Toskana ausgearbeiteten Texte. Abdruck: *Alfred Körner*, Die Wiener Jakobiner (Stuttgart 1972) 19–30. Riedel wurde 1795 wegen eines „Aufrufs an alle Deutsche zu einem antiaristokratischen Gleichheitsbund“ von 1792 zu sechzig Jahren Gefängnis verurteilt.

<sup>46</sup> Die Preisfrage lautete: „Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità d'Italia?“ Die 57 Zuschriften sind abgedruckt in: *Alle origini del Risorgimento. I testi di un „celebre“ concorso* (1796), hrsg. v. *Armando Saitta*, 3 Bde. (Rom 1964).

<sup>47</sup> Zur (oberitalienischen) Verfassungsgeschichte ausführlich *Carlo Zaghi*, *L'Italia di Napoleone dalla Cisalpina al Regno* (Turin 1986). Einen zeitlich sich vom Ancien Régime bis 1848 erstreckenden Überblick legte *Carlo Ghisalberti*, *Dall'antico regime al 1848* (Rom, Bari 1974) vor.

### 5. Die Stellung der Kirche im Staat

Im Interesse der richtigen Größenordnung muß einleitend daran erinnert werden, daß den naturrechtlich argumentierenden Autoren die Frage der Verfassung der Kirche bzw. das Verhältnis zwischen ihr und dem Staat wichtiger war als die Verfassung des Staates im grundrechtlichen Sinne. Auch muß vorausgeschickt werden, daß der Antikurialismus älter ist als das aufgeklärte Naturrecht und namentlich in Neapel und Venedig, wo er eigentlich zu Hause war, einige Erfolge erreicht hatte, die dann aber, sobald man sie durch die naturrechtliche Brille betrachtete, plötzlich als völlig unzureichend galten. Denn nun ging es nicht mehr um das Nebeneinander von (katholischer) Kirche und Staat, sondern, da es nur eine bürgerliche Gesellschaft geben kann und alle anderen Gesellschaften ihr nach- bzw. untergeordnet sind, um die Unterwerfung der Kirche unter den Staat.

Die Stellungnahmen hierzu sind kaum überschaubar, aber sie variieren das Thema lediglich auf vielfältige Weise. Die grundlegenden Programmschriften erschienen 1767 (Pilati<sup>48</sup>) und 1768 (Amidei<sup>49</sup>) und lieferten Argumente und Rezepte im antikurialen Kampf, der auf der politischen Ebene bereits seit einigen Jahren tobte. Beide Verfasser waren Beamte und nahmen das kirchenreformatorische Programm der Habsburger auf, das in der Mailänder und Florentiner Bürokratie eine feste Stütze hatte. Die intellektuellen Eliten dagegen gefielen sich eher im Antijesuitismus bourbonischer Prägung (er wurde in Parma und Neapel auch von den Dynastien gestützt), der zwar einige spektakuläre Erfolge verbuchen konnte – am spektakulärsten war sicherlich das beim Papst 1773 durchgesetzte Verbot des Jesuitenordens –, auf Dauer aber längst nicht so nachhaltig wirkte wie das habsburgische Staatskirchentum.

Während Beccaria etwa nur für eine Säkularisierung des Strafrechts als Folge der Trennung von Offenbarung, Vernunft und positivem Recht plädierte und außerdem das Klosterleben attackierte, hielten Amidei und Pilati die Umwandlung der katholischen Kirche in eine Staatsanstalt naturrechtlich für erlaubt, ja für geboten – gingen also viel weiter. Praktisch wurde in der Toskana sogar der Umbau einer besonders reformfreudigen Diözese – Pistoia – in eine vereinsrechtlich strukturierte Organisation versucht, doch scheiterte dies alsbald am vielfachen Protest bzw. der Verweigerung von Klerus und Gläubigen, vom Widerstand des Papstes ganz zu schweigen<sup>50</sup>. Mit dem Argument, daß im Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über die Kirche als Institution enthalten sein könnten, hatte Amidei eine Art naturrechtlicher Generalklausel formuliert. Der ‚Rest‘ war eine

<sup>48</sup> *Carlantonio Pilati*, Di una riforma d'Italia, ossia dei mezzi per riformare i più cattivi costumi e le più perniciose leggi d'Italia (Villafranca [Chur] 1767).

<sup>49</sup> [*Cosimo Amidei*,] La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti (o.O. [Lucca] 1768). Wiederabdruck s. Anm. 17. Wiederum ist Venturi der ausführlichste Chronist für dieses Thema in jener Zeit: *Franco Venturi*, Settecento riformatore, Bd. 2: La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti 1758–1774 (Turin 1976).

<sup>50</sup> Dazu zuletzt in deutscher Sprache der knappe Überblick von *Peter Hersche*, Zum zweihundertsten Jahrestag der Synode von Pistoia (1786), in: Intern. Kirchl. Zeitschr. 78 (1988) 243–251.

Frage der Opportunität und politischen Möglichkeiten. So variierten die Staatseingriffe von Land zu Land (im Kirchenstaat fehlten sie naturgemäß weitgehend), leiteten aber insgesamt – so Venturi – die Säkularisierung der italienischen Kultur ein.

### 6. Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung

Wer die Dogmengeschichte der ökonomischen Analyse nicht einfach in eine auf Adam Smith zulaufende und dann von ihm ausgehende und heute weltumspannende Entwicklung einteilt, wird feststellen, daß das fachliche Niveau im Italien des 18. Jahrhunderts außerordentlich hoch war, teilweise an der Spitze lag<sup>51</sup>. Tatsächlich weiß man ja heute, daß Smiths Wirkung in erster Linie auf seine Fähigkeit zurückgeht, die Ideen, die er vorfand, in ein geschlossenes System von hoher Überzeugungskraft zu bringen. Was die Beurteilung der italienischen Theoretiker erschwert, ist der Umstand, daß sie damals mehrheitlich auf einem Gebiet brillierten, das für die klassische Schule lange Zeit am Rande lag: dem der Geldtheorie. Galiani, Carli und Pietro Verri fanden zu ihrer Zeit allerdings internationale Beachtung<sup>52</sup>. Weniger gilt das für Beccaria, denn sein Hauptwerk ließ er unveröffentlicht<sup>53</sup>, und seine ökonomische Beweisführung vom Sinn und Unsinn der Schmuggelbekämpfung von 1764 war bei aller Originalität kein Beitrag, der die Aufmerksamkeit einer Wirtschaftslehre finden konnte, die damals noch recht deutlich ihre Herkunft von der Ethik zu erkennen gab. Das förderte andererseits den Ruhm Genovesis, der tatsächlich als theologisch ausgebildeter Ethiker 1751 in Neapel den ersten europäischen Lehrstuhl für Wirtschaftswissenschaft erhielt<sup>54</sup>.

Zeitgenossen fiel jedenfalls auf, daß Kenntnisse in wirtschaftlichen Dingen von den 1760er Jahren an selbst für Salongespräche als unabdingbar galten<sup>55</sup>. Entsprechend intensiv wurden Wirtschaftsfragen in der zeitgenössischen Literatur behandelt. Der Hintergrund war die anhaltende Knappheitskrise, gipfelnd in schweren Hungersnöten, die praktisch die gesamte Halbinsel zwischen 1758 und 1764/66 in ihrem Griff hatte. Aber was besagt dies über den Einfluß naturrecht-

<sup>51</sup> So das Urteil von *Joseph A. Schumpeter*, *Geschichte der ökonomischen Analyse* (Göttingen 1965) 236 ff., 371, 625.

<sup>52</sup> Genannt sei lediglich *Ferdinando Galiani*, *Della moneta* (Neapel 1751). Wiederabdr. in: *Opere*, hrsg. v. *Furio Diaz* und *Luciano Guerci* (Mailand 1975).

<sup>53</sup> Die *Elementi di economia pubblica* wurden erstmals 1804 gedruckt.

<sup>54</sup> Genau genommen war es eine Professur für „Mechanik und Handel“, aber das Entscheidende war, daß hier keine Merkantilistik gelehrt wurde, sondern, wie Genovesis Vorlesung belegt, „Handel“ im Sinne vor allem von Privatwirtschaft. *Antonio Genovesi*, *Lezioni di commercio o sia di economia civile*, 2 Bde. (Neapel 1765/67). Genovesi hat den Begriff „Mechanik“ alsbald erfolgreich unterschlagen. – Beccaria erhielt 1768 in Mailand einen nach neapolitanischem Vorbild neugeschaffenen, aber nach deutschem, also altertümlichen Vorbild benannten Lehrstuhl für „Kameralwissenschaft, Staats- und Privatwirtschaft“. Er behielt ihn nur zwei Jahre und erwies sich als wenig origineller, stark physiokratisch inspirierter Reformier, wie aus seiner Vorlesung hervorgeht. *Cesare Beccaria*, *Elementi di economia pubblica*, in: *ders.*, *Opere*, hrsg. v. *Sergio Romagnoli*, Bd. 1 (Florenz 1958).

<sup>55</sup> Für Mailand *Dipper*, *Politischer Reformismus* 58 ff.

lichen Denkens auf wirtschaftliche Ordnungsentwürfe oder Einzelmaßnahmen? Die Wissenschaft schweigt sich dazu so gut wie vollständig aus<sup>56</sup>.

Halten wir zunächst die Rahmenbedingungen fest. Kaum irgendwo sonst in Europa waren wirtschaftliche Aktivitäten auch nur annähernd so umfassend reguliert wie in den italienischen Territorien: Produktion und Verteilung von Getreide („Annona“) war im Grunde seit römischen Zeiten besonders strikt geregelt in der Weise, daß das Land den Bedürfnissen der Stadt vollständig ausgeliefert war. Die Aus-, Ein- und Durchfuhr von Waren jeglicher Art war ebenfalls reglementiert, was bis zu totalen Verboten reichen konnte. Natürlich gab es durch fideikommissarische Bindung und Tote Hand so gut wie keinen Bodenmarkt, was die Jagd auf die Gemeindeländereien zu erklären hilft. Und nicht zuletzt war das städtische Gewerbe zünftig und daher von zahlreichen Ge- und Verboten durchsetzt. Protoindustrialisierte Landschaften, die ja eine halbwegs freie Verbindung zum Weltmarkt voraussetzen, waren deshalb nur in oberitalienischen Randzonen zu finden.

Reformen, die dieses überregulierte System aufbrechen sollten, wurden spätestens seit dem Ende des Siebenjährigen Krieges als unvermeidlich angesehen. Sie setzten tatsächlich auch in den meisten Territorien, hier entschlossener, dort zaghafter, ein. Aber reformieren konnte man natürlich auch im Namen des Gemeinwohls, man benötigte dazu keine universalen, naturrechtlichen Grundsätze und Schlagworte. Am radikalsten krepelte Pietro Leopoldo sein Großherzogtum um, dessen Regentschaft er unmittelbar nach der großen Hungersnot übernommen hatte; genannt seien nur wegen ihrer mindestens begrifflichen Nähe zum Naturrecht die Einführung der Freiheit des Getreidehandels 1767/75 und der Gewerbefreiheit 1770/81. In einigem Abstand folgte die ebenfalls habsburgische Lombardei.

Vieles spricht dafür, daß jedenfalls das jüngere Naturrecht mit seinen bisweilen radikalliberalen Tendenzen den Gang der Entwicklung nur in Ausnahmefällen bestimmte. Erstens begegnet man selbst in aufgeklärten Texten auffallend wenig dem Schlagwort der „Gewerbefreiheit“. Zweitens ist von anderen naturrechtlichen Schlüsselbegriffen wie z.B. „Harmonie“, „Konkurrenz“ und „Markt“ ebenfalls nur selten die Rede. Drittens und vor allem ist von einer gegenüber Ethik und Politik verselbständigten Ökonomik so gut wie nichts zu spüren. Das sollte übrigens noch lange so bleiben. Das Hauptproblem des Naturrechts war und blieb jedoch der Widerspruch zwischen dessen freiheitlichem Menschenbild und dem ‚starken Staat‘, den es zur Durchsetzung seiner Ziele brauchte. Genovesi hat dafür jene Lösung gefunden, die ihn theoretisch aus der Masse der Autoren heraushob, praktisch aber nicht eingelöst wurde: Um dem Bürger als ‚homo oeconomicus‘ zu seinem Recht zu verhelfen, soll sich der Staat auf die Schaffung jener Rahmenbedingungen beschränken, die dem wirtschaftenden Menschen den Genuß seiner Früchte garantiert<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Ich muß daher auf ein ungedr. Ms. meinerseits hinweisen: *Christof Dipper*, Politische Ökonomie und Reformbewegung in Oberitalien (1989).

<sup>57</sup> „I coltivatori delle terre, i pastori, i manufattori, i trafficanti, e tutte le classi degli uomini,

Eingriffe in die Wirtschaftsverfassung waren offensichtlich mit Hilfe des Naturrechts nicht oder jedenfalls nicht wirkungsvoller zu legitimieren als mit anderen Begründungen. Um so einfacher war es für die Naturrechtsanhänger, das Verhältnis von Staat und Individuum im Hinblick auf die angestrebte Gesellschaftsordnung neu zu bestimmen. Rechtliche Gleichheit war naturrechtlich einfach zu begründen und versprach zudem aus utilitaristischer Sicht – sie fehlte in keinem Text – große, jedermann einsichtige Vorteile. Dabei richtete sich der Blick zunächst auf die Adelsprivilegien, die neben denen der Kirche unter den gesellschaftlichen wie politischen Gegebenheiten auf der Halbinsel für den Ausbau der staatlichen Souveränität das größte Hindernis bildeten<sup>58</sup>. Da politische (Ämterzugang) und besitzrechtliche (Fideikommiß und Primogenitur) Privilegien miteinander verschränkt und aufeinander angewiesen waren, zu denen selbstverständlich die gesellschaftlichen noch hinzutraten, standen die Kritiker vor großen Schwierigkeiten, wenn sie bestimmen sollten, bis zu welchem Grade die Gleichheit naturrechtlich geboten sei. Montesquieu war natürlich für alle der Bezugspunkt, der mit Blick auf England dem Adel unverzichtbare politische Aufgaben zugewiesen hatte. Aber war das ein gangbarer Weg für die patrizisch dominierten Gebiete Italiens? Deshalb stieß Montesquieu, jedenfalls in Mailand, auf entschiedenen Widerspruch. Das Naturrecht erlaubte nach Meinung der Mailänder Aufklärer, unter ihnen nicht wenige Patriziersöhne und einige davon sogar Erstgeborene (Pietro Verri, Beccaria), nurmehr unterschiedlichen Besitz und gesellschaftlichen Rang. In Turin und Neapel wäre man schon froh gewesen, wenn man den Adel zum intermediären Stand im Sinne Montesquieus hätte umbauen können. In der Toskana wollte der Großherzog Patriziat und Feudaladel mittels seiner Verfassung „domestizieren“.

Das naturrechtliche Gleichheitspostulat wurde also durchaus verschieden ausgelegt. Wenn aber in so gut wie allen italienischen Staaten außerordentliche Anstrengungen zur Einführung eines mehr oder minder modernen Katasters unternommen wurden<sup>59</sup> – eine Errungenschaft, zu der das nordalpine Europa erst

che esercitano qualche mestiere produttore di rendite, sieno intimamente persuasi esser padroni de' loro beni e faticare per sé principalmente, e per le loro famiglie; non per altro portare i pesi pubblici che per esser meglio sicuri de' loro beni e diritti, ma esserne poi liberi dispositori, salvo il diritto pubblico. ... Brevemente, esser sicuri all'ombra della legge, e della sovranità, di sé e de' loro averi e diritti.“ *Genovesi, Lezioni*, Bd. 1, 338 f.; zit. *Eluggero Pii*, Antonio Genovesi. Dalla politica economica alla „politica civile“ (Florenz 1984) 176. Die wirtschaftlichen Bestimmungen im toskanischen Verfassungsentwurf nehmen sich im Vergleich hierzu theoretisch und praktisch ziemlich bescheiden aus; sie beschränken sich auf das Verbot der Monopole und Garantie der „attuale libertà“ beim Getreidehandel (Art. 38 f.); *Graf, Verfassungsentwurf* 31.

<sup>58</sup> In Sardinien-Piemont und Neapel-Sizilien existierte noch die Feudalität unter einer vergleichsweise absoluten Monarchie, im übrigen Italien, vom Kirchenstaat abgesehen, war der Adel eigentlich Patriziat (die Nobilitierten hatten es entsprechend schwer), jedes Territorium im Grunde nach wie vor Adelsrepublik bzw. gar eine Ansammlung von Adelsrepubliken unter einem Landesfürsten oder Dogen. Die Adelskritik hatte darum also sehr verschiedene Stoßrichtungen.

<sup>59</sup> Näheres dazu bei *Dipper*, Aufklärung 398 ff. Da der Kataster stets ein Kampfinstrument

im 19. Jahrhundert befähigt sein sollte –, so zeigt dies, daß das Fernziel allenthalben die Eigentümergesellschaft war. Sie wollte an Stelle der erblichen nur mehr durch Besitz bedingte Vorrechte anerkennen, die natürliche Gleichheit also auf Glück, Sicherheit und Eigentumserwerb beschränken, politische Rechte aber weiterhin an Grundbesitz binden – so explizit der toskanische Verfassungsentwurf und die Texte der Mailänder Aufklärer. Hier ist die intellektuelle – und übrigens auch personelle – Basis der „Moderati“, also jener sozialkonservativen Liberalen, die aus den damals eingeleiteten Reformen hervorgingen und knapp hundert Jahre später den italienischen Nationalstaat gründen und tragen sollten.

Eine ebenfalls aus dem Gesellschaftsvertrag abgeleitete, aber ungleich egalitäre Sozialordnung tritt uns, worauf bereits hingewiesen wurde, bei Beccaria entgegen. Seine aus Vorsicht verschleierte Sprache erlaubt keine präzise Beschreibung seiner gesellschaftlichen Utopie. Klar ist aber jedenfalls, daß er in den 1760er Jahren<sup>60</sup> keine Eigentümergesellschaft anstrebte, sondern wohl eher so etwas wie die „heureuse médiocrité“, wie sie bei Rousseau und später bei Linguet und Mably vertreten wird, freilich ohne die bei jenen zur Voraussetzung gemachten weitreichenden, quasi-diktatorischen Befugnisse der Staatsgewalt. Viele der radikalen italienischen Spätaufklärer, meist unzutreffend als „Jakobiner“ bezeichnet, sind ihm hier gefolgt, wie überhaupt seine egalitäre Vision Beccaria auch in Frankreich der Revolution einen bleibenden Platz sicherte<sup>61</sup>.

### 7. Zwischenbilanz

Das Naturrecht war in Italien weniger „die herrschende Sozialphilosophie der Zeit“ (Luig), als vielmehr die Sozialphilosophie der Herrschenden. So erklärt sich seine enorme Wirkung in der kurzen Zeit, die ihm bemessen war, aber auch der Haß der großen Bevölkerungsmehrheit, die der überlieferten normativen Ordnung treu blieb. Die neue Ordnung, deren Grundlage eine erneuerte Rechtswissenschaft war, nahm die Ständegesellschaft von zwei Seiten her in die Zange: durch die Steigerung der staatlichen Vollmachten und den Entwurf einer neuen Gesell-

gegen Adel und Kirche gleichermaßen war, hingen seine Durchführung und erst recht seine Durchsetzung von Konkordaten mit der Kurie ab, und das machte das Vorhaben entsprechend verwundbar. Erst von den 1780er Jahren an konnte der kirchliche Widerstand als überwunden gelten.

<sup>60</sup> Diese Einschränkung ist wichtig. An der Radikalität Beccarias in jungen Jahren besteht kein Zweifel – was für die Weitsicht Firmians in Mailand und Kaunitz' in Wien spricht, die ihn trotzdem anstellten –, aber ebenso klar ist auch sein Meinungswandel als habsburgischer Beamter beispielsweise in Sachen Geld- oder Getreidepolitik; 1777 verkaufte er gar seine in den frühen 1760ern mit erheblichen Opfern eingerichtete Bibliothek. Capra deutet dies nicht nur wie viele andere psychologisch, sondern als Wirkung eines Professionalisierungsschubes, den die habsburgische Bürokratie damals durchmachte, dem sich aber beispielsweise Pietro Verri und andere seiner Jugendfreunde letztlich verweigerten. *Carlo Capra, Il gruppo del 'Caffè' e le riforme*, in: Cesare Beccaria 63–78.

<sup>61</sup> Von Ovationen, die Beccarias Tochter 1797 in Paris erhielt, berichtet die Textzusammenstellung *Cesare Beccaria, Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti*, hrsg. v. Franco Venturi (Turin 1965) 650. Weitere Belege zu Beccarias Ruhm ebd. 524 ff.

schaft. In den habsburgischen Territorien, wo das Reformbündnis zwischen Eliten und Monarchen lange Zeit am engsten war, wurden daher bereits im 18. Jahrhundert wichtige Grundlagen für die Überlegenheit Oberitaliens im 19. gelegt.

Es kann jedoch kaum übersehen werden, wie brüchig diese neue Ordnung war. Velerorts ging das reformorientierte Ancien Régime in einer Welle von Volksaufständen unter, deren Angriffsziel der Agrarindividualismus und die liberalisierte städtische Ökonomie waren. Für beide stand das Naturrecht. Da außer in den habsburgischen Territorien nur eine winzige Minderheit von Geistlichen bereit war, die ständisch-barocken Frömmigkeitsformen zugunsten der „devozione regolata“ Muratoris aufzugeben, fehlten den Regierungen die wohl entscheidenden Vermittler zu den illiteraten, verarmten Massen. Erst recht gilt das für das Ende der französischen Herrschaft, die noch viel entschiedener das aufgeklärt-naturrechtliche Reformprogramm fortsetzte und sich dafür auf die nächste Generation nun auch wirklich politisierter Aufklärer stützen konnte. Die ‚jakobinische‘ Phase endete 1799 in einem regelrechten Kreuzzug, der unter Führung von Kardinal Ruffo Jagd auf die Anhänger der Moderne machte und in Neapel eine ganze Generation Gebildeter aufs Schafott brachte. 1814 waren es allerdings eher Steuerdruck und Korruption, denn mit der Kirche hatten die Franzosen – sie hatten auf der gesamten Halbinsel die Schlüsselpositionen inne – inzwischen einen, wenn auch brüchigen Frieden gemacht. Es wiederholten sich gleichwohl die Szenen von vor fünfzehn Jahren; in Mailand wurde Finanzminister Prina gelyncht.

Am Siegeszug des Naturrechts konnte das alles jedoch nichts ändern, denn in napoleonischer Zeit wurde der naturrechtlich begründete Gesellschaftsentwurf in positives Recht gegossen: Der Code Napoléon galt ab 1808 auf der gesamten Halbinsel, und seine vielerorts 1815 vorgenommene Beseitigung änderte nichts an der mit seiner Hilfe inzwischen hergestellten modernen Gesellschaftsordnung. Gerade dadurch verlor jedoch das Naturrecht nach der Jahrhundertwende rasch den Rang einer Leitwissenschaft. Es hatte sich gleichsam zu Tode gesiegt. Seine politischen Implikationen fielen dagegen der Restauration zum Opfer.

### III. Funktionswandel oder Funktionsverlust des Naturrechts im frühen 19. Jahrhundert?

#### 1. Die neuen Rahmenbedingungen

Die Revolution brach über Italien erst 1796 mit dem Einfall der Franzosen und der sukzessiven Besetzung der gesamten Halbinsel herein. Dies blieb bis 1814 teils direkt, teils indirekt in französischer Hand und machte sämtliche Entwicklungen des Mutterlandes mit.

Die in die Jahre gekommenen Naturrechtsanhänger traten, sofern sie noch lebten, trotz mancher Bedenken mehrheitlich auf die Seite des neuen Regimes über. War das auch teilweise der Enttäuschung bzw. Verbitterung über den Stop jeglicher Reformpolitik nach 1789 geschuldet, die mancherorts gar einer politischen

Kehrtwende gewichen war, so konnten sie sich doch vor allem damit schmeicheln, die Revolution habe sie voll und ganz bestätigt: starker Staat, unterworfenen Kirche, bürgerliche Gleichheit, liberalisierte Wirtschaftsordnung – und das alles, ohne die sozialen Privilegien des Adels und seine wirtschaftliche Vormachtstellung ernsthaft anzutasten. Die Generation ihrer Söhne und Enkel betrachtete sich denn auch als Erbin der aufgeklärten Reformer. Jetzt erst würden die „geheiligten Vorschriften der Vernunft“ in die Tat umgesetzt, schrieb Luigi Paroletti 1797 anlässlich der Neuauflage von ‚Dei delitti e delle pene‘ an Beccarias Tochter Giulia<sup>62</sup>.

Genau das war es, was den Funktionswandel des Naturrechts verursachte, der in seinem Funktionsverlust endete. Natürlich kann in Wahrheit keine Rede davon sein, daß die Revolution das Naturrecht in Kraft gesetzt habe. Aber sie hat einen namhaften Teil der von den Reformern im Namen des Naturrechts<sup>63</sup> geforderten Veränderungen aufgenommen und in positives Recht gegossen. Als grundsätzliche Alternative zum geltenden Recht oder auch nur als eigenständige Sprache mit Deutungswirkung, wie sie etwa in Deutschland von der im Entstehen begriffenen Historischen Rechtsschule ausging, hatte das Naturrecht nunmehr seine Funktion verloren. Das Naturrecht und seine Verwandte, die Rechtsphilosophie, waren als „Legitimationswissenschaft“<sup>64</sup> nach dem ‚Sieg‘ überflüssig – oder schienen es jedenfalls in Ländern wie Frankreich und Italien.

Es gab jetzt wichtigeres zu tun als über abstrakte Prinzipien nachzudenken. Nach dem Abzug der Franzosen 1814 waren zwar die ‚Cinq Codes‘ dem Namen nach vollständig, der Sache nach aber meistens nur scheinbar verschwunden, denn allein die zurückkehrenden Habsburger brachten ein fertiges Gesetzbuch mit, das ABGB von 1811<sup>65</sup>. Die übrigen Staaten behielten entweder das französische Recht unter anderem Namen bei oder griffen früher oder später auf Teile davon zurück<sup>66</sup>. Das hatte den Siegeszug der „Ecole de l'exégèse“ auch in diesen Ländern zur Folge, die in Piemont und Neapel den größten Einfluß erlangte. Sie

<sup>62</sup> „L'aureo libro ‚Dei delitti e delle pene‘ dell'immortale vostro padre è pertanto piú che mai prezioso ora che si cerca di mettere in pratica i precetti sagrosanti della ragione“. Das Buch sei der „codice dell'umanità“, ein Beitrag zur „science de la liberté“, ebd. 654. Auf dem Titelblatt dieser Ausgabe wird Beccaria zeitbedingt als „cittadino milanese“ vorgestellt, ergänzt um die Worte: „benemerito della patria e dell'umanità“. *Beccaria, Dei delitti*, Edizione nazionale, Bd. 1, 620.

<sup>63</sup> Es soll gar nicht bestritten werden, daß man dieselben Reformen auch im Namen des Gemeinwohls, der guten Ordnung oder weiterentwickelter Normen des geltenden Rechts verlangen konnte. Nur kann das hier vernachlässigt werden, da es nicht um eine Dogmengeschichte der napoleonischen ‚Cinq Codes‘ geht.

<sup>64</sup> *Diethelm Klippel*, Das 19. Jahrhundert als Zeitalter des Naturrechts. Zur Einführung, in: *Naturrecht im 19. Jahrhundert*, hrsg. v. *dem.* (Goldbach 1997) XIV; im folgenden zit.: *Klippel*, *Naturrecht*.

<sup>65</sup> Lombardo-Venetien nahm damit noch intensiver als im 18. Jahrhundert teil an der deutschen Rechtskultur mit der Folge, daß an den Universitäten Pavia und Padua die Historische Rechtsschule sozusagen über Außenstellen verfügte.

<sup>66</sup> Die Darstellung beschränkt sich hier aufs Zivilrecht. Näheres siehe *Filippo Ranieri*, Italien, in: *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hrsg. v. *Helmut Coing*, Bd. 3/1 (München 1982) 177–396.

brachte mit ihrem Formalismus ein vergleichbares Maß an Wissenschaftlichkeit in das italienische Rechtsleben ein, wie das in Deutschland die Pandektistik tat<sup>67</sup>, jedenfalls für eine gewisse Zeit.

Es waren aber nicht nur die von der Restauration beibehaltene Gesellschaftsordnung der Revolutionszeit und das moderne Zivilrecht, die zum Geltungsverlust naturrechtlichen Denkens beitrugen. Naturrecht stand für alternatives Denken, und dieses war nach 1815 für die Herrschenden inopportun, für seine Urheber gefährlich. Die Legitimität der restaurierten italienischen Throne und die Schutzmachtfunktion österreichischer Truppenkontingente an vielen Stellen der Halbinsel gerieten nämlich alsbald unter Rechtfertigungszwang. Reformen hätten möglicherweise diesen Zwang mildern können, die Regierungen nahmen statt dessen Zuflucht zum weiteren Ausbau des (Polizei-)Staates. Der italienische Beamte des 19. Jahrhunderts war nicht mehr Teil der öffentlichen Meinung; im Zweifelsfalle bekämpfte er sie mittels der Zensur, die viel effektiver geworden war als vordem. Viele der von Klippel für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland registrierten Themen naturrechtlicher Erörterung<sup>68</sup> waren im Italien der Restauration einer öffentlichen Diskussion kaum oder gar nicht zugänglich. Von den vier jedenfalls aus späterer Sicht vordringlichsten Fragen jener Zeit, Verfassung, Nation, Staat und Kirche und (Frei-)Handel, konnte das Naturrecht allenfalls zu ersterer etwas beitragen. Einleuchtendere Argumente lieferte jedoch, ganz dem gewandelten Zeitempfinden entsprechend, in den beiden ersteren Fällen die Geschichte. Pragmatisch hingegen ließ sich der den Risorgimentoeliten so wichtige Freihandel begründen; Cattaneo war einer der wenigen, die ihn und andere Wirtschaftsreformen auf die „leggi dell'umanità“ zurückführten<sup>69</sup>.

## 2. Bedeutungszuwachs für das katholische Naturrecht

Ein letztes kommt hinzu. Die verschiedenen Aufstände, die die Revolution bzw. ihre Überwindung begleitet hatten, brachten zusammen mit der wachsenden Not des Vormärz ein neues Thema auf die Tagesordnung: die soziale Frage. Auf sie hatte das Naturrecht, namentlich das ‚jüngere‘, keinerlei Antwort parat. Mit ‚Freiheit‘ konnte man das Problem nämlich nicht lösen, wenn deren Voraussetzung, Eigentum (im Falle Italiens in erster Linie Eigentum an Grund und Boden), so gut wie gänzlich fehlte<sup>70</sup>. Das verhalf dem katholischen Naturrecht mit seiner ent-

<sup>67</sup> *Giovanni Tarello*, *La Scuola dell'Esegesi e la sua diffusione in Italia*, in: *ders.*, *Cultura giuridica e politica del diritto* (Bologna 1988) 69–101.

<sup>68</sup> *Klippel*, *Naturrecht*, behandelt neben den klassischen Feldern Staat und Völkerrecht auch die Frauenfrage, die soziale Frage, den Zivilprozeß und zahlreiche zivilistische Themen sowie nicht zuletzt Verbrechen und Strafen.

<sup>69</sup> Zu diesem hier nicht weiter verfolgten Thema noch immer die klassische Studie von *Kent R. Greenfield*, *Economics and Liberalism in the Risorgimento. A Study of Nationalism in Lombardy, 1814–1848* (Baltimore 1934). Zu Cattaneo selbst ist die Literatur unübersehbar. In Piemont ging man eher den pragmatischen, von Richard Cobden auf seiner triumphalen Italienreise 1846 empfohlenen Weg von Handelsverträgen.

<sup>70</sup> „Italien war seit dem späten Mittelalter ein Land von Bauern ohne Bauernland“; *Volker*

schiedenen Ethik sozialer Verantwortung zu unverhoffter Attraktivität, und zwar auch in Kreisen, die ihm bislang ferngestanden hatten. Seine Pflichtenlehre hatte eine überzeugendere Antwort parat als die Vertragstheorie. Die auch vom Liberalismus befürwortete Privatinitiative (Wohltätigkeit der Reichen, Sparsamkeit der Armen) erfuhr so von katholischer Seite unerwartete Hilfe. Der Staat blieb außer Diskussion; er hätte auch keine Hilfe bieten können. Auf Dauer konnte das den Import sozialistischen Denkens auf der Halbinsel natürlich nicht verhindern. Besonders erfolgreich waren dabei die Anhänger Bakunins, die den Sozialismus den Bauern in Gestalt einer quasireligiösen Ethik predigten. Wie weit die ursprüngliche christliche Pflichtenlehre aber selbst bei Theoretikern Anklang fand, die der Kirche völlig fernstanden, zeigt das Beispiel Mazzinis. Er hatte seit jeher seine politischen und sozialen Ziele – Einheit Italiens, Einheit Europas, Einheit der Klassen – ethisch begründet und war darüber mit Marx – beide im Londoner Exil – heftig aneinandergeraten. Im katholisch geprägten Italien hatte er Erfolg, nicht Marx (bzw. Marx erst viel später), auch bei Menschen, die dem Glauben abgeschworen hatten. Noch mehr steigerte dann seine 1860 erschienene Broschüre über Menschenpflichten<sup>71</sup> seine Popularität, die über seinen Tod weit hinausreichte. Der ihm sonst nicht eben wohlgesonnene italienische Staat erklärte den Text 1901 zur Lektüre in den Schulen.

Wer nach 1800 noch Naturrecht lehrt, ist Außenseiter oder Theologe, jedenfalls Prediger, unter Umständen gar Prophet. Die nüchternen, gegenstandsbezogenen Essays der Aufklärungszeit sind außer Mode gekommen. Statt dessen steigt nun die Zahl der Gesamtdarstellungen, der Überblicke. Erst jetzt scheint man von einer italienischen Naturrechtslehre sprechen zu können, die dann auch jene Systematik erhält, wie man sie seit eh und je aus Deutschland kennt. Freilich war der Preis hoch: Der konkrete Sachbezug verschwand hinter philosophischen Lehrgebäuden, und der Zusammenhang mit der Praxis scheint zumindest gelockert.

Die theologischen Fakultäten lehren selbstverständlich wie überall das katholische, scholastische Naturrecht als das Bindeglied zwischen göttlichem und positivem Recht. Allen katholischen Naturrechtslehrern dient es deshalb dazu, der mittlerweile eingetretenen Säkularisierung des Rechts durch den Versuch seiner Rückbindung ans göttliche Gesetz Einhalt zu gebieten. Die soziale Ethik ist der wichtigste Ertrag. Manche gehen aber noch einen Schritt weiter. Der liberale Katholik Antonio Rosmini sucht den Gedanken der Bindung an Gottes Wort den Italienern dadurch schmackhaft zu machen, daß er ihn mit dem nationalen verbindet. Unter Hinweis auf Thibaut – Rosmini stammte aus dem Trentino und hatte in Padua studiert, lebte aber inzwischen in Rom – erklärt er ein italienisches Nationalgesetzbuch für berechtigt, sofern dieses den Fehler des französischen vermeide,

*Hunecke*, Soziale Ungleichheit und Klassenstrukturen in Italien vom Ende des 18. bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts, in: Klassen in der europäischen Sozialgeschichte, hrsg. v. *Hans-Ulrich Wehler* (Bielefeld 1979) 213.

<sup>71</sup> *Mazzini*, I doveri dell'uomo (Florenz 1860). Wegen dieser Schrift nahm Fassò Mazzini in seine Geschichte der Rechtsphilosophie auf. *Fassò*, Storia, Bd. 3, 139ff.

nämlich „sacrilegamente la legge della natura e di Dio“ seiner Herrschaft zu unterwerfen<sup>72</sup>. Gottes Wille sei es, daß bürgerliche Gesellschaften, also Nationen, nicht einem universalen Menschengesetz unterworfen seien, sondern eine je spezifische Rechtsordnung haben müßten.

Einen entgegengesetzten Weg beschreitet der Jesuit Luigi Taparelli d'Azeglio, Bruder des Romanciers und piemontesischen Risorgimentopolitikers Massimo. Nationen seien keine Geschöpfe Gottes, also nicht natürlich, Verfassungen und Repräsentativorgane führten vom Wege ab, beförderten nur den Egoismus der Politiker. Das Recht der gesamten Menschheit, das Naturrecht also, erlaube keine Zugeständnisse an die gottlosen Vorstellungen der Gegenwart, verkündet er besonders nach 1848. Katholisches Naturrecht und Tradition seien identisch<sup>73</sup>. Er setzt sich damit bei Papst Pius IX. durch. Zum Bündnis zwischen Kirche und Nation wie in Belgien kommt es auf der Apenninenhalbinsel nicht – zum Nachteil für beide.

### 3. Gian Domenico Romagnosi

Der Außenseiter, der für seine Überzeugung teuer bezahlen mußte, da Habsburg ihn als Revolutionär verdächtigte – Beweise wurden nie geliefert<sup>74</sup> –, ist Romagnosi, der als der bedeutendste italienische Naturrechtstheoretiker des 19. Jahrhunderts gilt. 1761 geboren, blieb er in vieler Hinsicht ein Kind des 18. Jahrhunderts. Genauer vielleicht: Als gebranntes Kind der Revolution suchte er durch Rückgriff auf das ‚ältere Naturrecht‘, wie man gerade in seinem Falle sagen darf – denn die einschlägige deutsche Literatur war ihm bestens bekannt<sup>75</sup> –, die Errungenschaften der Revolution zu sichern<sup>76</sup>. Das bedeutet, daß Romagnosi eine „natürliche Ordnung“ voraussetzt, in der der Staat immer schon besteht, so daß

<sup>72</sup> Antonio Rosmini, *Filosofia del diritto*, Bd. 1 (Mailand 1841) 10; zit. ebd. 137. Vgl. die nach Abschluß des Manuskripts erschienene Dissertation von *Christiane Liermann*, *Rosminis politische Philosophie der zivilen Gesellschaft* (Paderborn 2004).

<sup>73</sup> Luigi Taparelli d'Azeglio, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, 5 Bde. (Palermo 1840–43). *Ders.*, *Corso elementare di natural diritto* (Neapel 1860). Näheres bei *M. Prélot*, *Taparelli d'Azeglio et la renaissance du droit naturel au XIX<sup>e</sup> siècle*, in: *Le droit naturel*, éd. par *Hans Kelsen* (Paris 1959) 191–203. *Miscellanea Taparelli*, hrsg. v. *Pontificia Università Gregoriana* (Rom 1964).

<sup>74</sup> Die Österreicher stellten ihn 1817 erst kalt und dann wegen vermuteter Verschwörung 1821 unter Anklage Mangels Beweisen freigesprochen, erhielt er aber Lehrverbot, so daß er die letzten zehn Lebensjahre in großer Armut in Mailand zubrachte.

<sup>75</sup> Siehe seinen „Ragguaglio storico e statistico degli studij di diritto germanico e naturale in Allemagna“, eine sich auf Leopold Warnkönig berufende kommentierte Bibliographie, hier zitiert nach der posthumen Gesamtausgabe. *Gian Domenico Romagnosi*, *Opere*, Bd. 3/1: *Scritti sul diritto filosofico* (Mailand 1842) 537–552.

<sup>76</sup> So die Lesart bei *Fassò*, *Storia*, Bd. 3, 124ff. Ebenso *Luca Mannori*, *Uno stato per Romagnosi*, Bd. 1: *Il progetto costituzionale* (Mailand 1984); im folgenden zitiert: *Mannori*, *Uno stato*, Bd. 1. Andere sehen ihn als Frühkonstitutionalisten ohne Wenn und Aber, beispielsweise *Antonino De Francesco*, *Ideologie e movimenti politici*, in: *Storia d'Italia*, hrsg. v. *Giovanni Sabbatucci* und *Vittorio Vidotto*, Bd. 1: *Le premesse dell'unità* (Rom, Bari 1994) 254.

ein Gesellschaftsvertrag und die Frage, was dieser an natürlichen Freiheitsrechten in den Staat hinüberrettet, gegenstandslos wird. Es liegt ihm sehr daran, Rousseaus Frage – ‚Wie muß eine bürgerliche Gesellschaft aussehen, in der ebenso viel Freiheit herrscht wie im Naturzustand?‘ – zu umgehen. Mindestens jedoch haben – seiner Ansicht nach – nicht die Bürger hierüber zu entscheiden, sondern der Naturrechtsspezialist, der zum „Techniker des allgemeinen Glücks“<sup>77</sup> wird, d.h. er fungiert als hoher Beamter, Professor, Berater des Monarchen, mit anderen Worten als „omni-kompetenter Jurist“. Tatsächlich bekleidet Romagnosi alle diese Ämter in napoleonischer Zeit, er ist geradezu die personifizierte napoleonische Technokratie, der die Verfassung wenig gilt und die statt dessen das geltende Recht als Naturrecht bezeichnet und dadurch der Diskussion zu entziehen sucht<sup>78</sup>.

Das Naturrecht dient Romagnosi offensichtlich dazu, die Politik aus der bürgerlichen Gesellschaft wieder zu verbannen, ohne dabei das große Ganze aus den Augen zu verlieren (was er der „Ecole de l'exégèse“ vorwirft, die nur „Rezepte“ für den Einzelfall besitze<sup>79</sup>). Den Rückfall in den Wolffschen Wohlfahrtsstaat sucht er zu vermeiden, indem er das Argument der individuellen Freiheit stark macht, doch wird daraus bei ihm im Grunde nichts anderes als der ‚mündige Bürger‘ Kants, und um die Erziehung zur Mündigkeit („incivilimento“<sup>80</sup>) durch den Staat macht er sich viele Gedanken. So verschwindet die gerade erst hergestellte Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht<sup>81</sup>, wie auch die Verfassung lediglich der Abgrenzung von staatlicher Vollmacht und privaten Residualrechten im Interesse des kollektiven Glücks dient und damit nicht viel anderes ist als das alte Pufendorfsche „pactum subiectionis“. Gefahrenabwehr hat Vorrang, die Todesstrafe ist deshalb erlaubt. Gewaltenteilung ist schon gedanklich in einer Welt, die zugleich ‚Natur‘ ist, undenkbar und wird dementsprechend ausdrücklich gegen Montesquieu abgelehnt. Dafür ist einerseits die Volkssouveränität total, so daß sogar das Oberhaupt bei Verstößen gegen die ‚Natur‘ abgesetzt werden kann, andererseits bedarf es zu ihrer Wahrnehmung der juristischen Experten<sup>82</sup>. Auch hieran zeigt sich, daß die Politik bei Romagnosi im Recht verschwindet.

<sup>77</sup> *Mannori*, *Uno stato*, Bd. 1, 18. Das nächste Zitat ebd. 20.

<sup>78</sup> „Il buon diritto positivo altro non è, né può essere che lo stesso diritto naturale adottato e sanzionato dalla umana autorità“. *Gian Domenico Romagnosi*, *Assunto primo della scienza del diritto naturale* (Mailand 1820); zit. *Mannori*, *Uno stato*, Bd. 1, 217, A. 79.

<sup>79</sup> „Una mera raccolta di ricette“; zit. ebd. 14.

<sup>80</sup> Zit *Fassò*, *Storia*, Bd. 3, 127.

<sup>81</sup> „Il diritto veramente civile non può essere puramente privato. Nella società civile ciò è assurdo ed impossibile. Tutto l'ordine privato è innestato sul pubblico, alimentato dal pubblico, tutelato dal pubblico, confermato e temperato dal pubblico ...“; zit. *Mannori*, *Uno stato*, Bd. 1, 44f.

<sup>82</sup> „... che dir si può che il governo della moltitudine conviene naturalmente ai più illuminati, e insieme ai più virtuosi“. *Gian Domenico Romagnosi*, *Introduzione allo studio del diritto pubblico universale* (Parma 1805); zit. *Mannori*, *Uno stato*, Bd. 1, 241 (Hervorhebung im Original).

Das alles klingt widersprüchlich und nicht auf der Höhe der Zeit, wenn man an die Verfassungsdiskussion andernorts, beispielsweise im Neapel der Jahre 1820 und 1821 denkt<sup>83</sup>. Das ist auch richtig. Doch Romagnosi sucht ja gerade den westeuropäischen Konstitutionalismus, ob Cortes, Charte oder das englische Urmuster, zu vermeiden. Man versteht Romagnosi aber wohl nur ganz, wenn man seine Leidenschaft für das Verwaltungsrecht kennt<sup>84</sup>. Seine napoleonische Erfahrung als höchster Verwaltungsjurist des Königreichs Italien sagte ihm, daß in der Verwaltung eines Landes die Freiheit liege, nicht in seiner Verfassung. Das konnte man so auch im Preußen der Reformzeit hören, und wenn Habsburg sich auf diesen Grundsatz eingelassen hätte, wäre die Geschichte in Oberitalien (und anderswo) aller Wahrscheinlichkeit nach anders verlaufen.

#### 4. Schluß

Pflichten, Erziehung, Moral im Dienste einer ‚prästabilierten Harmonie‘ – darauf laufen die Beiträge der oberitalienischen Naturrechtsvertreter in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts hinaus, die sich damit zugleich als autoritative Interpreten einer religiös zu verehrenden „giustizia naturale“ zu erkennen geben<sup>85</sup>. Noch immer – oder besser – erneut ist der Staat in der Hand der Priester einer transzendenten Rechtslehre. Deshalb vermag diese Art von Naturrecht anders als im 18. Jahrhundert keinen Beitrag zur Lösung jener Fragen zu leisten, vor die sich die italienischen Staaten damals gestellt sahen. Das gilt besonders für die nationale Frage, und so ist es kein Wunder, daß Figuren wie Romagnosi keine Rolle spielen, sobald in dieser Sache konkrete Entscheidungen anstehen<sup>86</sup>. Als im Frühjahr 1848 in aller Eile Verfassungen entworfen werden müssen, können deren Autoren mit der erwähnten Ausnahme Neapels nicht auf einheimische Vorarbeiten zurückgreifen, sondern sehen sich ganz pragmatisch im Ausland um, insbesondere natürlich in Frankreich und Belgien.

Nachdem der italienische Nationalstaat gegründet und damit auch Staats- und Verfassungsrecht kodifiziert waren, vermochten sich die letzten Vertreter des Naturrechts mit ihrer These vom philosophisch determinierten „diritto pubblico“

<sup>83</sup> Werner Daum, Historische Reflexion und europäische Bezüge. Die Verfassungsdiskussion in Neapel-Sizilien 1820–1821, in: Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, hrsg. v. Martin Kirsch und Pierangelo Schiera (Berlin 1999) 239–272.

<sup>84</sup> Dazu Luca Manori, Uno stato per Romagnosi, Bd. 2: Il diritto amministrativo (Mailand 1987).

<sup>85</sup> Für die Vertreter des katholischen Naturrechts gilt dies ohnehin, aber auch Romagnosi spricht davon, daß das geltende Recht „con quel opinione religiosa“ garantiert werden müsse, „che viene ispirata dal sentimento della giustizia naturale“. Gian Domenico Romagnosi, Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni; zit. Manori, Uno stato, Bd. 1, 50.

<sup>86</sup> Es erschien zwar postum 1847 in Turin Romagnosis „La scienza della costituzione“ (1848), aber einen Reflex davon im Statuto Albertino vom Frühjahr 1848 vermag ich nicht zu erkennen.

nicht länger zu behaupten. Das war ein wohl unvermeidlicher Vorgang, denn er spielte sich auch anderswo ab. Plötzlich galt als unwissenschaftlich, was hundert Jahre lang höchstes Ansehen genossen hatte. In Deutschland machte sich Carl Friedrich von Gerber unmittelbar vor der Reichsgründung an die „konsequente Vertreibung des Naturrechts und metaphysischer Rechtsbegründungen generell“<sup>87</sup> zunächst aus dem Zivil-, dann aus dem Staatsrecht, die er beide in ein „System“ brachte, damit sie zur ‚wissenschaftlichen‘ Rechtswissenschaft werden konnten. Zwanzig Jahre später, nach der Entdeckung der deutschen Pandektistik durch die italienische Jurisprudenz, folgte der nachmalige Justizminister Vittorio Emanuele Orlando in seinem Jugendwerk über das Verfassungsrecht Gerbers Spuren und verspottete 1889 Romagnosis Naturrechtslehre als „Prolog im Himmel“<sup>88</sup>. Das wurde alsbald zum geflügelten Wort, wenn es um die politische Theorie vor dem Risorgimento überhaupt ging. Rechtspositivismus und nationales Denken waren sich einig in der Abwertung jedes Gedankens, der ein Recht auch noch jenseits des Gesetzes erkennen und daraus Eingriffe in die herrschende staatliche Ordnung herleiten wollte und damit nicht die Nation als Letztbegründung meinte. Es war Franco Venturi, der 1954 diesen Vorwurf vom ‚Prolog im Himmel‘ aufgriff, um ihn zu widerlegen<sup>89</sup>. Inzwischen hat sich tatsächlich das Bild der italienischen Aufklärung historisiert. Beim Blick auf die politische Funktionalität des Naturrechts sehen wir deswegen, daß es durchaus keinen ‚Prolog im Himmel‘ aufführte, sondern sozusagen mit beiden Beinen auf dem Boden stand. Mit den von ihm veranlaßten Kodifikationen hat es sich freilich im Laufe der Zeit selbst überflüssig gemacht, um erst wieder nach der Katastrophe der Totalitarismen in erneuerter Form Wirkung zu entfalten.

<sup>87</sup> Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2 (München 1992) 330f.

<sup>88</sup> Vittorio E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale* (Florenz 1889), zit. Mannori, *Uno stato*, Bd. 1, 31. Orlando hat diesen Ausdruck wahrscheinlich *Carl Friedrich Gerbers* Grundzügen des deutschen Staatsrechts entnommen, in dessen 3. Auflage (Leipzig 1880, ND 1998) 238 die allgemeine Staatslehre als „Vorspiel im philosophischen Himmel“ abgetan worden war. Für diesen Hinweis danke ich Michael Stolleis. Zur enormen Wirkung Orlandos *Maurizio Fioravanti*, *La vicenda intellettuale del ‚giovane‘ Orlando, 1881–1897* (Florenz 1979) bes. 93ff. Ferner sein Forschungsüberblick, der ebenfalls den im wesentlichen von Orlando zuwege gebrachten Paradigmenwechsel in den Mittelpunkt stellt: *La scienza italiana di diritto pubblico del XIX secolo: bilancio della ricerca storiografica*, in: *Ius Comune* 10 (1983) 201–243.

<sup>89</sup> Franco Venturi, *La circolazione delle idee*, in: *Rassegna storica del Risorgimento* 41 (1954) 203–222; Venturis Kritik an der Klassifikation der Aufklärung als „Prolog im Himmel“ ebd. 203.

*Hartwig Brandt*

## Vernunftrecht und Politik im Vormärz

Im Jahr 1802 zog Saul Ascher, Verleger und Autor in Berlin, später Geschädigter des Wartburger Studentenautodafés, die Summe der großen Veränderungen der Epoche: „Bis am Ende des achtzehnten Jahrhunderts hat uns die Natur keine Erscheinung dargeboten, in welcher wir eine Gesellschaft sehen, welche, nachdem sie die Freiheit aller ihrer Kräfte erobert, im Bewußtsein ihrer Stärke und Schwäche sich selbst eine Norm ihrer Handlungsweise schuf. Unserer Zeit hat sie dies Phänomen aufbehalten, welches ich daher das Zeitalter der Konstitutionen nennen möchte. Der philosophische Kopf findet hier eine Epoche, welche die Natur herbeigeführt zu haben scheint, dem menschlichen Geist die Regierung nicht mehr als einen Gegenstand des Bedürfnisses, sondern als ein Objekt der Vernunft aufzustellen ...“<sup>1</sup>.

66 Jahre später, 1868, gab Johann Kaspar Bluntschli in der Einleitung seines „Allgemeinen Staatsrechts“ einen gegenteiligen Befund: „Der Streit über die Gültigkeit des sogenannten Natur- oder Vernunftrechts läßt sich ... leicht entscheiden. So lange dasselbe nur das Erzeugnis individueller Speculation ist, ... so lange hat dasselbe sicherlich keinerlei Anspruch auf wirkliche Geltung. Auch der Nachweis, daß einzelne abstracte Meinungen, die als naturrechtliche begründet werden, zweckmäßig seien, ist noch nicht genügend, um deren Rechtmäßigkeit herzustellen. Die Theorie für sich allein schafft überall noch kein Recht. Wenn aber die Empfänglichkeit des Volkes für Anerkennung naturrechtlicher Sätze zugleich vorhanden ist, und wenn der Rechtsgedanke zugleich von dem Bewußtsein des Volkes aufgenommen und durch dieses mit verbindlicher Kraft ausgerüstet wird, dann ist derselbe zu Recht geworden ...“<sup>2</sup>. Dies freilich sei seit längerem nicht mehr der Fall.

Wo Ascher das Neue, das Vernunftprinzip noch ohne Zögern in die Zukunft projizierte, also kein historisches Ende des Grundsatzes erblickte, war eben dies die Auffassung des andern, freilich aus der Kenntnis dessen, welcher den Fortgang des Geschehens kannte. So spergte er den Vernunftstaat in das Gehäuse eines überwundenen Zeitalters.

<sup>1</sup> Die Revolution in geschichtsphilosophischer Perspektive, zit. n. *Jörn Garber* (Hrsg.), *Revolutionäre Vernunft* (Kronberg/Ts. 1974) 20f.

<sup>2</sup> Bd. I, 20f.

Dieses Zeitalter wurde freilich auch schon zu Zeiten, als es noch unbestritten galt, in Frage gestellt. 1791 schrieb Friedrich Gentz an Christian Garve jenen berühmten Satz, daß die Revolution, wie sie derzeit ein politisches Schauspiel gebe, „den ersten praktischen Triumph der Philosophie [darstelle], das erste Beispiel einer Regierungsform, die auf Principien und auf ein zusammenhängendes consequentes System gegründet wird“<sup>3</sup>. Aber schon wenig später hatte sich dieses Urteil, dem durchaus ein Stück Anerkennung zugeordnet schien, in sein Gegenteil verändert. In einem Beitrag „Über die Moralität und Legitimität politischer Totalrevolutionen“ beschrieb Gentz das historisch Neuartige des Vorgangs und geißelte dieses als moralisch verwerflich. Der Entschluß, eine Totalrevolution zu stiften, sei „der Entschluß, die Bande der bürgerlichen Gesellschaft zu zerreißen, eine durchaus neue Ordnung der Dinge zu schaffen, und zwischen diese und die alte Ordnung eine scheidende Kluft zu setzen“.

Gentz sah den Willen planvoller Zerstörung am Werk, aber auch das Instrument, dessen sich die Revolution bediente: das Prinzip der Zahl. „Bey einfältigen und uncultivirten Völkern, in der Kindheit und Kleinheit der Gesellschaften, wo die Vortheile der Individuen gleichförmiger sind, wo das Interesse des einen mit dem Interesse des andern weniger streitet“, da sei die Gefahr der Zerstörung gering. „Ganz anders ist es im Zustande der ausgebildeten Gesellschaft, wo die Privatvortheile einander tausendfältig durchkreutzen, wo der Gewinn des einen der Ruin des andern ist ...“. In Amerika vermöchten solche Konstruktionen gefahrlos sein, wo es keine „privilegirten Stände“ gebe, „keinen auffallenden Vorzug irgend einer Classe von Menschen“. Aber wie anders in Frankreich, „wo es einigen schwärmerischen Köpfen gefalle, aus dem Schlamm europäischer Verderbtheit ... das jugendliche Ideal eines isolirten Freystaats nachzubilden“.

Das „unselige Spiel mit der Gewissenhaftigkeit und den Pflichten des Menschen und Bürgers“ sei allemal ein Übel gegen die „feste Ordnung der Dinge“, „wenn sie auch drückend und verwerflich sei“. Und dann die Maxime künftiger Politik: „Die Natur läßt in ihren wundervollsten Metamorphosen die alte Hülle stehen, indeß sie neue Zeit und Kräfte zu ihrer Vollendung gewinnt: ist diese erreicht, so sinkt das verdrängte Gewand, und nichts als ein leises Beben verkündigt durch den organischen Gliederbau, daß die sanfte Umwandlung vollbracht ist. Diesen Gang der Natur zu copiren, ist hohe Weisheit, und nur diese Weisheit läßt dauernden Wohlstand, Sicherheit, Eintracht und Harmonie erwarten.“<sup>4</sup>

In solchen Entgegensetzungen tritt ein Konflikt hervor, der langsam sich ausbildete und das 19. Jahrhundert – oder doch dessen erste Hälfte – über Strecken

<sup>3</sup> Zit. n. *Jost Hermand* (Hrsg.), *Von deutscher Republik 1775–1795, I. Aktuelle Provokationen* (Frankfurt a. M. 1968) 99.

<sup>4</sup> Über die Moralität in den Staatsrevolutionen, in: *ders.* (Hrsg.), *Betrachtungen über die französische Revolution. Nach dem Englischen des Herrn Burke neubearbeitet mit einer Einleitung, Anmerkungen, politischen Abhandlungen, und einem kritischen Verzeichniß der in England über diese Revolution erschienenen Schriften*, 2. Th. (Berlin 2/1794) 143 ff.

beschäftigen wird. Hier das Vernunftrecht mit allen seinen Attributen, dort die Einforderung der Schwerkraft von Natur und Geschichte. Gentzens Aufsatz setzt auch den Anfang eines literarischen Konservatismus in Deutschland. Jedenfalls ist mit dem neuen Jahrhundert die politisch-geistige Weltsicht gespalten: hier ein politischer Rationalismus, der sich weiterhin ins Naturrecht kleidet und die Vertragslehre kultiviert; dort ein Historismus, welcher aus den Unwägbarkeiten der Geschichte schöpft, welcher dem Tatsächlichen opfert und den Weg für einen Positivismus des Faktischen ebnet.

Die vernunftrechtliche Tradition erlebte in Deutschland in der Rheinbundzeit eine vorletzte Konjunktur. Erwähnen wir Wilhelm Joseph Behr, den Würzburger Dozenten, den späteren Abgeordneten, der früh ein „System des allgemeinen Staatsrechts“ schrieb. Erwähnen wir Johann Ludwig Klüber, den Heidelberger, die spätere Autorität des Bundesrechts. Erwähnen wir Karl Salomo Zachariä, einen Universalisten seines Fachs, die Sphinx der süddeutschen Jurisprudenz, der noch im Alter sein Grand oeuvre, die „Vierzig Bücher vom Staate“, schrieb. Erwähnen wir aber vor allem Ludwig Harscher von Allmendingen, den nassauischen Hofgerichtsdirektor, der unter den literarischen Koryphäen meist nur am Rande gilt. Er beschrieb und verteidigte den Verfassungsmechanismus des napoleonischen Staates, aber er zeigte sich zugleich als früher Autor des Liberalismus. Mit seiner Hauptschrift, den „Politischen Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft“ von 1814 zählt er zu den ersten rationalen Analytikern der Verfassungspolitik in Deutschland. Vor der Kulisse des neuen Zeitgeistes war er freilich ein Fremder.

Der napoleonische Staat hat in Frankreich die Revolution geschlossen, sie plebiszitär zum Stillstand gebracht und dann technokratisch versteinert. In Deutschland hat er das Ancien régime beendet oder doch bürokratisch diszipliniert. Am Ende stand indes das Gleiche: der zentral verwaltete Flächenstaat.

Die Zeitgenossen – oder doch die Mehrzahl unter ihnen – haben diesen Vorgang ganz anders gesehen: Das Werk der Modernisierung war ein Akt französischer Protektion, und dies hieß weiter: Die Modernisierung hatte die deutsche Staatenwelt von ihrer Vergangenheit entfremdet, wenn nicht gar abgeschnitten. Daß Frankreich das Medium der Modernisierung war, dies hat sich der deutschen Kulturwelt auf verletzende Weise eingeprägt. Nennen wir drei Formen, in welchen dieses geschehen konnte.

Da war einmal die Hegelsche Schule, die den französischen Weltgeist in preußische Dienste nahm und – wie Eduard Gans später sagte – den Vernunftstaat in ein System der Vormundschaft des Staates über die Gesellschaft verwandelte. Da war zum andern die politische Romantik. In ihren Anfängen eine subversive Bewegung, subjektivierte, ästhetisierte, poetisierte sie das Politische. Aber diese hochgespannte Befindlichkeit, dieses Ich-Gefühl tauchte ein in die natürliche Welt, in den Kosmos, in dem alle Individualität verlöschte. Von einer solchen Naturphilosophie, welche pantheistische Züge trug, wurde indes auch das Politische affiziert, und affiziert kehrte es zurück in die Gesellschaft. Es wurde ganzheitlich, es wurde organisch. Alle Institutionen seien Organe – wie wir bei Novalis lesen – des „my-

stischen Staatsindividuums“<sup>5</sup>. Hier öffnet sich die Bewegung, die zunächst eher anarchisch war, dem konservativen Staatsinteresse, seinem Insistieren auf Hierarchie und ständischer Verfassung. Und da war zum dritten ein aufflammendes Freiheitsbewußtsein, das sich der eigenen Geschichte vergewissern wollte, fern aller rechenhaften Moral und Politik. Das auch den Fortschritt wollte, aber nicht als französisches Transplantat, sondern als Fleisch und Blut von der eigenen Geschichte. Das zurückging über den Absolutismus hinaus, um sich durch die ständische Epoche, das Mittelalter, schließlich die Germanenzeit zu stärken. Deutsches Recht, deutsche Konstitution und deutsche Sprache waren die Objekte ihres Interesses. Die Breite der Bewegung reichte von den Deutschtümlern der Befreiungskriege über die Burschenschaftler verschiedenster Couleur bis zu den akademischen Germanisten.

Gegen solche Schübe des Zeitgeistes hatte die vernunftrechtliche Tradition – überhaupt, wo sie sich mit der Politik zusammentat – einen schweren Stand. Sie überlebte – für einige Zeit – im Reduit des akademischen Milieus – wo indes schon die Umwidmungen der Lehrstühle begannen. Ihre Vertreter standen im Rufe des Rückständigen, des Überholten. Freilich ist dies nur die eine Seite der Sache, über welche hier zu berichten ist.

Seit 1815–1819 gab es den regionalen Verfassungsstaat in Deutschland. Eine politische Form, die den Napoleonismus nicht leugnen konnte, die rationale Züge trug, die aber doch begrenzte Mitwirkung der Gesellschaft an der Politik demonstrierte. Die – nach dem Muster der französischen Charte – Erbherrschaft, rationales Recht und neoständische Formen der parlamentarischen Organisation verband.

Die vor allem zur Fluchtburg des politischen Vernunftrechts wurden gleichsam unterhalb der gesamtdeutsch-offiziösen, der Metternich-Wittgensteinschen Konvention. Es waren Liberale, die von diesem Schutz profitierten, Vernunftliberale, welche der Aufklärung verbunden blieben, die sich nicht bedrängen ließen von deutschrechtlich-organologischen Affekten: Wilhelm Joseph Behr und Franz Xaver Hornthal in Bayern, Heinrich August Pölitz und Wilhelm Traugott Krug in Sachsen, Friedrich Murhard in Hessen, Friedrich Römer und Paul Pfizer in Württemberg und – natürlich Karl v. Rotteck in Baden. Es gab Gegenbeispiele: Dahlmann in Hannover, Welcker in Baden, Jordan in Kurhessen. Sie bestätigten die gegenteilige Regel nicht, aber sie machten den geschilderten Befund auch nicht ungeschehen.

Gewiß war es nicht immer das ungemischte Vernunftrecht, welches hier zutage trat. In der deutschen Aufklärungsgeschichte schwangen ja stets auch andere Dinge mit: die schlichte Hausmannsvernunft, ein im Umkreis beschränkter Reformeifer, manche gelehrte Philisterei, auch ein manifester wissenschaftlicher Positivismus, ein Hang zum Vielschreibertum an der Schwelle moderner Spezialisierung der Wissenschaften. Alles dies wirkte fort, und es trat der Vermittlungs-

<sup>5</sup> Vermischte Bemerkungen 1797–1798, zit. n. Novalis Werke, hrsg. v. Gerbard Schulz (München <sup>3</sup>1987) 336.

zwang des zeitgenössischen Konstitutionalismus hinzu – ein Konstitutionalismus, der ja weder den englischen Trustgedanken kannte noch den demokratischen *Pouvoir constituant*. Ein Konstitutionalismus, der sich eher in der Tradition des Allgemeinen Preußischen Landrechts bewegte, das Staatsoberhaupt als Verfassungstifter erlebte, die Verfassung ihrerseits als Selbstbeschränkung monarchischer Herrschaft verstand.

Fügen wir hinzu, daß auch das einzelstaatliche Verfassungsrecht, daß das neue Genre des Verfassungskommentars, angefangen mit Robert Mohls zweibändigem Kompendium über Württemberg, in Denkungsweise und Machart des Vernunftrechts sich darbot. Es gab sie also: die staatsrechtliche Publizistik, welche über Revolution und Napoleonismus hinweg die Traditionen des 18. Jahrhunderts pflegte, die alle Politik – was fast als synonym gelten konnte – auf das Fundament des Vertrages stellte.

Solche Versuche begannen in den zwanziger Jahren, zeitgleich mit den zögerlichen Schritten eines – bis dahin unbekanntes – Verfassungslebens. Ihre literarischen Vorantreiber waren der Bayer Christoph v. Aretin und der Sachse Karl Heinrich Ludwig Pölitz, letzterer bis heute eher als Verfassungssammler ein Name. Ihre Schriften: „Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie“ (1824–28) und „Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit“ (5 Bde., 1823/24).

Pölitz applizierte dem zeitgenössisch-konstitutionellen Staat eine dreifache vertragliche Begründung. Durch den Vereinigungsvertrag werde die gemeinschaftliche bürgerliche Verbindung geschaffen und unwiderruflich festgesetzt. Sein Element sei die Vernunft, sein Zweck die Herrschaft des Rechts. Der zweite, der Verfassungsvertrag bestimme die Mittel und Bedingungen, durch welche dieser Zweck erreicht werde. Der Unterwerfungsvertrag, schließlich, überantworte der Staatsspitze die gänzliche Macht des Gemeinwesens. Von dieser kehre sie als gesetzgebende wie als judikative Kompetenz in die Gesellschaft zurück.

Es waren dies erste Schritte eines gedanklichen Konstitutionalismus nach 1815 in Deutschland, bedrängt durch die Wiener Schlußakte und ihr repressives Gebaren, ganz noch im Stillstandsklima dieser Jahre befangen und ganz in monarchischer Tradition befindlich. Carl Gottlieb Svarez hatte den Vertrag Lockescher und Wolffscher Tradition als Fürstenspiegel gedeutet: Du König, der du souverän bist, handle so, als ob du durch Vertrag bestellt worden wärst. Hier – im frühen Konstitutionalismus – war der Monarch selbst das Geschöpf der politischen Gesellschaft. Höher – so Pölitz – könne das Staatsoberhaupt nicht gestellt werden, „daß sich ihm freiwillig die Gesamtheit aller sittlichen Wesen im Volke unterwirft“<sup>6</sup>. Wiewohl unter Bedingungen, namentlich der ersten unter ihnen: der Ausbildung einer parlamentarischen Körperschaft. Das Vertragsmodell selbst, fügen wir dies hinzu, findet sich auch bei anderen Autoren dieser Jahre: in Schuncks „Staatsrecht des Königreichs Baiern“ von 1824, in Dreschs „Öffentlichem Recht des deutschen Bundes“ von 1820. Dies sind Namen freilich, welche die Geschichte inzwischen bedeckt hat.

<sup>6</sup> Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit, Bd. I (Leipzig 1823) 180.

Eine ganz andere, fast antipodisch erscheinende Form der Verbindung von Vernunftrecht und zeitgenössischem Verfassungsleben tritt uns bei Karl v. Rotteck entgegen. Sein Liberalismus war schärfer, oppositionsbereiter, nicht von der Kompromißnatur der Pölitzchen Lehre, nicht eigentlich eine Hervorbringung der 20er Jahre, ihrem Stillhalten, ihrem Ruhebedürfnis.

Rotteck war Badener, aber er war dies nicht nur durch seine Herkunft, sondern auch durch seine wissenschaftliche Existenz, aus politischer Konfession. Der großherzogliche Kunststaat, der sich in der Napoleonzeit aus kleinräumiger Gemengelage entwickelt hatte und diesen Bestand auch nach 1815 erhalten konnte, er zeigte eine auffällige Affinität zum Rationalismus der Rotteckschen Staatstheorie. Als Baden sich 1818 eine Verfassung gab, schienen sich Liberalismus und Staatsräson fast vollends zu entsprechen. Aber konnte sich der Liberalismus bei solchen Vorgaben beruhigen? Konnte ein von Monarch und Bürokratie geprägtes Staatswesen aufgeklärt-republikanischer Denkweise genügen? Solche Fragen kehren in den Schriften unseres Autors allenthalben wieder: in den „Ideen über Landstände“ von 1819, in dem „Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften“ von 1819–1835, dazu in einer Reihe von Artikeln des „Staats-Lexikons“ (16 Bde., 1834–1843), das er mit Karl Theodor Welcker herausgab.

Rotteck suchte den Zwiespalt, der sich ihm darbot, durch eine Theorie des Dualismus zu überbrücken. Die ideale Staatsgewalt sei einheitlich, unteilbar, die personifizierte dagegen zwiefach, gespalten in eine natürliche und eine künstliche. Künstliches Organ seien Monarch und Regierung, natürliches Organ die Vertretungen des Volkes, die Repräsentationen. Auch die Staatsspitze sei eine Agentur der „societas“, der Gesellschaft, ganz im Sinne aufgeklärt-virtueller Einbindung des Fürsten in einen Vertragskontext. Aber dieser Fürst, so der Gedanke, besitze nur den Rest der politischen Gewalt in Form der staatlichen Exekutive. Es ist gerade die Umkehrung der Metternichschen Deutung des konstitutionellen Systems, die wir hier beobachten. Denn diese sah den Fürsten als Inhaber der Staatsgewalt, wohingegen die Stände nur an deren Ausübung teilhätten.

Rotteck war Liberaler, aber in seiner Deutung des Parlaments war er Rousseauist. Die Vertretung sei Sprecher, aber nicht der Integrator, nicht die Vernunft der Gesellschaft. Vielmehr drücke sie die Gesinnung der Repräsentierten, der Bürger aus. „Seine [des Abgeordneten] Pflicht, bleibt immer, fürs gemeine Wohl zu sprechen ... den erkennbaren Gesamtwillen des Volkes sich sein höchstes Gesetz seyn zu lassen: aber eben diese ist die Pflicht seiner unmittelbaren Kommittenten auch ...“. So lesen wir in den „Ideen über Landstände“<sup>7</sup>.

Rotteck hat den Rousseauschen Fundus seiner Philosophie niemals preisgegeben, aber auf ihm doch zugleich einen liberalen Überbau errichtet. Dies war die Konzession an den Publizisten und Abgeordneten, an den Besitzbürger, an den badischen Landsmann wohl auch. Er schränkte das passive parlamentarische Stimmrecht ein, er schob das Prinzip politischer Parteilichkeit beiseite.

<sup>7</sup> Ideen über Landstände 85.

Der vernunftrechtliche Liberalismus, so berichteten wir, besaß nach 1815 nur ein schwaches gemeindeutsches Fundament. Zutiefst widerstrebte er dem burschenschaftlichen Voluntarismus, aber er stand auch dem Hegelschen Diktum entgegen, daß Staat und Gesellschaft in der Substanz geschiedene Sphären seien. Sein Feld war der Regionalstaat rationaler Prägung, und diese Komplizenschaft hielt auch nach 1830 noch an. Denn von den Regionen, den Einzelstaaten gingen die neuen Kraftströme des Politischen aus. Zum einen wurden – in Kurhessen, in Sachsen, in Hannover – neue Verfassungen geschaffen. Zum andern waren es die Ständeversammlungen – zuvor eher Agenturen der Regierungen –, die nun zu Avantgarden des Politisch-Öffentlichen wurden. Mit einem Wort: Das Verfassungsleben in seiner Gänze schien nunmehr badisch, schien Rotteckisch zu werden. Es war ein kurzer Triumph des Vernunftrechts, der sich hier Geltung verschaffte. Gegen den Deutschen Bund und sein Überwachungs- und Spitzelsystem, gegen die Hallersche Restauration, die vor allem in Ostelbien goutiert wurde; aber auch gegen den Attentismus der einzelstaatlichen Administrationen, die eine Gewichtsverschiebung zugunsten der Landtage argwöhnten, ja befürchteten. Die Landtagsprotokolle sind voll von vernunftrechtlichen Bekundungen. Allenthalben ist von „Urrechten“ die Rede, welche die Politik sich zu eigen zu machen habe.

Freilich war der literarisch-vernunftrechtliche Ertrag dieser Jahre dann doch eher gering. Erwähnen wir Friedrich Murhard, den Vielschreiber, den Kommentator der kurhessischen Verfassung, das Alter ego Rottecks jenseits des Mains. Auch Murhard setzte den Volkswillen als die *prima causa* aller Politik. Auch er sah die Stände, den Landtag als das natürliche, den Monarchen als das künstliche Organ des allgemeinen Willens. Auch hier das Bemühen, die monarchische Erbherrschaft aufklärerisch einzudünnen, sie zu relativieren. Nicht nur den Staatskönig zu schaffen, sondern den Verfassungskönig, den Monarchen als kreierte Organ. Und wenn schon nicht in der Praxis, so doch in der Theorie.

Indessen war dies nur die eine Seite, von der hier zu handeln ist. Durch den Aufbruch des Politischen in Deutschland 1830 erhielt das Vernunftrecht eine neue, eine republikanische Farbe.

In den frühen dreißiger Jahren, als die Zukunft offen schien, haben sich Liberale und Demokraten ihre grundstürzenden Differenzen eingestanden. Die von der Julirevolution ausgelösten Revolten irritierten nicht nur die Regierungen, sondern auch das Wahlbürgertum und die Oppositionen in den Kammern. Flugschriften, welche die Minderung der Beamtengehälter, die Herabsetzung von Fleisch- und Biertaxe, die Errichtung von Landwehren forderten und mit Brandstiftung und Volksaufruhr drohten, kursierten auch in jenen Staaten, die weder Aufstände noch eine Verfassungsrevolution erlebten. 1819 war die Revolutionsfurcht unter den Regierungen umgegangen, 1830 erfaßte sie das Bürgertum.

Ausgelöst durch eine „Politik der Straße“, förderten Irritation und Angst ihrerseits die Spaltung der Parteien des Fortschritts, aber auch des sozialen Milieus, dem diese entstammten. Während „Abtrünnige“ des Bildungsbürgertums sich Kleinbürgern und Bauern zuwandten und unter ihnen mit republikanischen Paro-

len agierten, suchten Konstitutionell-Liberale, wenn der Konflikt drohte, Rückversicherung bei den Organen des Staates. Die einen verfügten über die Bühne der Landtage, die andern nutzten Vereinswesen, Tagblätter und Flugschriften. So trat zur Distanz, welche die politischen Standpunkte trennte, auch eine Verschiedenheit der Institutionen, welche ihnen zur Verbreitung ihrer Ansichten diente.

Die Literatur selbst griff mit der Revolution, welche sie begünstigt hatte, auf Muster des 18. Jahrhunderts zurück. Exklusiver und emphatischer noch als der Liberalismus, von dem sie sich nun trennte. Wechselweise waren es Rousseausches Vertragsrecht und die Idee zeit- und ortsunabhängiger Menschenrechte, welche die Richtung propagierte. Historisches Herkommen, gleichviel ob ständischer oder napoleonischer Provenienz, erschien ihr gering.

So dürfen wir den „Bürgerkatechismus“ des Daniel Ludwig Pistor lesen. Aber auch das „Bauern-Conversations-Lexikon“, ein hessisches Kompendium in didaktischer Absicht. Ferner Autoren wie Siebenpfeiffer, Wirth und hernach die Flugschriften des Deutschen Volksvereins in Paris, Zeugnisse der vormarxschen, der Sozialdemokratie *avant la lettre*. Am Ende aber auch die „Neue Politik“ des Julius Fröbel, das magistrale Werk demokratischer Theorie in den vierziger Jahren. 1847 öffnete Welcker dem badischen Radikalen Struve den 9. Band des „Staatslexikons“ für einen Artikel „Menschenrechte“, ein für den moderaten Mittelstandsliberalismus dieser Jahre fast befremdliches Stichwort. Struve nutzte die Offerte für eine Revitalisierung der Rechteerklärungen von 1791 und 1793.

Freilich gab es auch Verbindendes zwischen den auseinanderstrebenden politischen Lagern. Der vernunftrechtliche Fortschritt beider Provenienz dachte direkt-demokratisch. Hier wirkte das Rousseausche Erbe fort. Bei Rotteck wie bei den Hambachern und schließlich in Fröbels Lehre der Politik. Vielleicht erinnern wir uns der schneidenden Kritik, die Ernst Fraenkel seinerzeit gegen solche Zeichen eines desperaten Verfassungsdenkens, wie er meinte, geltend machte. Die deutsche Szene sei gespalten gewesen in die Ritter der Reaktion und in die Parteilichkeit der radikalen Vernunftrechtler. Hier Gentz und Jarcke, dort Rotteck und seine Nachfolger. Beide hätten das Eigentliche verfehlt: Herrschaft als politische Treuhänderschaft. Mit anderen Worten: Die deutsche habe die angelsächsische Tradition nicht begriffen. Fügen wir indessen hinzu, daß es im Spektrum politischer Wissenschaft der Zeit zwei Außenseiter gab, die den englischen Königsweg, so es denn einen solchen gab, durchaus erkannten: Robert Mohl und Karl S. Zachariä. Mohl handelte 1844 in einem berühmten Aufsatz vergleichend über die politischen Systeme Englands, Frankreichs und Deutschlands. Zachariä sah den konstitutionellen Staat als eine Vorstufe des parlamentarischen Systems<sup>8</sup>.

Der vernunftrechtliche Radikalismus hatte sich in den dreißiger Jahren als Ultraliberalismus von seinen Ursprüngen abgewendet, aber schon in den Vierzigern geriet er in den Sog eines messianisch-utopischen Sozialismus. In der Theorie Wilhelm Weitlings schienen die institutionellen Impulse dieser Denkweise erschöpft.

<sup>8</sup> Über die erbliche Einherrschaft mit einer Volksvertretung, in: Allg. pol. Annalen X (1823) 226.

1843 verfaßte der 25jährige Karl Marx in seiner Erstlingsschrift eine Generalabrechnung mit der liberaldemokratischen Tradition. Im Verfolg einer Kritik seines Kollegen Bruno Bauer inspizierte er die Menschenrechte von 1789 und dekouvierte sie als bürgerlichen Schein. Die Feudalgesellschaft habe als Zerfallsprodukt den egoistischen Menschen hinterlassen, und die liberale Doktrin habe ihn zum Leitbild erhoben. Keines der sog. Menschenrechte sei darüber hinausgelangt. „Der Mensch wurde ... nicht von der Religion befreit, er erhielt die Religionsfreiheit ... Er wurde nicht vom Egoismus des Gewerbes befreit, er erhielt die Gewerbefreiheit“. Dies sei die Logik aller Rechteerklärungen seitdem. Sie kodifizierten die „Zerstörung des bürgerlichen Lebens“, sie verabsäumten, die Revolution „auf den Menschen selbst zurückzuführen“<sup>9</sup>. Mit solchen Sätzen war das Eigengewicht alles Vernunftrechtlich-Institutionellen zerbrochen. Von der entfremdeten Gesellschaft führte kein Verfassungsweg in die Totalität künftigen Lebens.

Freilich war dies nur die eine Seite eines neuen Historismus, welcher dem politischen Vernunftrecht zu Leibe rückte. Die andere war der Liberalismus selbst, hier in seiner deutschrechtlichen, seiner organistischen, seiner germanophilen Gestalt.

1834 veröffentlichte F. C. Dahlmann seine Politik – mit dem antivernunftrechtlichen Zusatz „auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt“. 1837 protestierten sieben Göttinger Professoren gegen einen Verfassungscoup ihres Landesherrn. Ein Akt des Widerstandes in politisch sonst dürrer Zeit.

1840 löste ein diplomatischer Schachzug der Regierung Thiers um die Rheingrenze eine deutschnationale Emphase aus. Das Phantasma Rheinromantik begann zu blühen. Am Ende stand der literarische Knaller des Geilenkirchner Gerichtsschreibers Nikolaus Becker „Sie sollen ihn nicht haben den freien deutschen Rhein“. Alle diese Daten sind Veränderungen in der Landschaft des deutschen Liberalismus, die wegführen von seiner konstruktiven Seite. Nicht so sehr in den Aktionen selbst als in den mentalen Befindlichkeiten, die sie begleiteten. Und dies in einem doppelten Sinne. Liberale Politik wurde nun endgültig reaktiv, widerständig: Jeder Liberale ein Anwalt, ein Prätor vor den Anmaßungen des Staates.

„Wir mußten so handeln, wenn wir unser Gewissen rein halten wollten“, hat Wilhelm Grimm gesagt, den Göttinger Protest zu rechtfertigen. Politik als Gewissensentscheidung: Dies war das Neue in der Politik – freilich auch etwas sehr Altes. Nicht umsonst nimmt das Widerstandsrecht in Dahlmanns „Politik“ eine zentrale Rolle ein. Nicht in der Form „gewaffneten Widerstandes“, wie er schreibt, aber doch in der Gestalt gewisser Weigerungen, der Versagung der Steuerpflicht zum Beispiel<sup>10</sup>.

Diese Empfindung des Politischen war nun freilich das Gegenteil von jener Richtung, die sich bis dahin immer noch die vernunftrechtliche nannte. Teilhabe

<sup>9</sup> Zur Judenfrage, zit. n. *Hans-Joachim Lieber* (Hrsg.), *Karl Marx*, Frühe Schriften. Erster Band (Darmstadt 1962) 478.

<sup>10</sup> Die Politik (<sup>2</sup>1847) 198 f.

durch konstruktive Durchdringung von Staat und Politik. Aber deren Einfluß befand sich auf dramatische Weise im Rückzug. Und dies auch noch aus einem anderen Grund: Der romantische Liberalismus, wenn wir ihn so nennen wollen, begann seit den späten 1830er Jahren national zu werden, er begann jenes Feld zu besetzen, das bis dahin eine Domäne des systemkritischen, wenn nicht systemfeindlichen Radikalismus war. Diese Wende hat der vernunftrechtliche Liberalismus verweigert. Er blieb eingekapselt in die Landespolitik, er blieb ein Inventarstück des konstitutionalisierten Regionalismus. Eine späte Folge dieser Entwicklung tritt uns vor Augen, wenn wir die Zusammensetzung des Verfassungsausschusses der Paulskirche studieren.

1841 erschien im 11. Band des „Staatslexikons“ posthum Rottecks liberales Vermächtnis, der Artikel „Naturrecht, Vernunftrecht, Rechtsphilosophie und positives Recht“. Es habe sich in jüngster Zeit, so lesen wir, die Ansicht herausgebildet, es gebe gar kein Naturrecht, vielmehr setze das wahre, das gültige Recht das Dasein des Staates voraus. Juristen und „Geschäftsleute“ hätten sich daher angewöhnt, auf den Gegenstand „spottend herabzusehen“, ihn als „eine müßige Speculation fürs praktische Leben untauglicher Phantasten und Stubengelehrten oder als reine Fiction gutmüthiger, für Humanität erwärmter Schwärmer“ zu betrachten. Er selbst werde im folgenden dagegen einige Betrachtungen anstellen.

1847 – sechs Jahre später –, als die zweite Auflage des Werkes erschien, fügte Karl Theodor Welcker, nun alleiniger Herausgeber des „Staatslexikons“, dem Abdruck des Artikels einen Nachtrag hinzu, der seinen Kollegen gönnerhaft in jene Linie rückte, welche das Vernunftrecht nicht mehr als individuell-metaphysische Spekulation begriff, sondern als Erkenntnis, welche „dem Volk als sittlich und rechtlich wahr erschien“. Allem diesem folgte dann freilich der resümierende Satz: „Dieser Artikel war die letzte Arbeit, der Schwanengesang des trefflichen hochverdienten Mannes und also auch der Richtung, welche er repräsentierte!“<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Bd. 9, 499, 534.

*Sibylle Hofer*

## Naturrecht und Staat in der deutschen Politischen Ökonomie um 1900

### I. Der Staat als Thema der Jurisprudenz und der Nationalökonomie

Wenn man sich über Staatsvorstellungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts in dem zentralen staatswissenschaftlichen Lexikon jener Zeit<sup>1</sup>, dem „Handwörterbuch der Staatswissenschaften“, informieren möchte, erlebt man eine Überraschung. In der ersten Auflage des Werkes (1890–1894) findet sich nämlich zunächst überhaupt keine Kommentierung des Stichworts „Staat“. Erst im Ergänzungsband (1895) erscheint ein solcher Beitrag – allerdings mit einem bemerkenswerten Zusatz im Titel: „Staat in nationalökonomischer Hinsicht“. Autor ist dann auch ein Ökonom: Adolph Wagner<sup>2</sup>. Dieser Umstand verdient besondere Aufmerksamkeit, ist er doch in mehrfacher Hinsicht bezeichnend für Bedeutung, Ort und Perspektive allgemeiner Staatslehren am Ende des 19. Jahrhunderts.

1. Zunächst spiegelt das ursprüngliche Fehlen eines Artikels „Staat“ den Zustand der juristischen Staatslehre wider. Zwischen etwa 1866 und 1900 läßt sich eine „große Dürre“<sup>3</sup> feststellen, wenn man die Allgemeine Staatslehre in den Blick

<sup>1</sup> Das seit 1889 erschiene „Staatslexikon“ der Görres-Gesellschaft bleibt hier außer Betracht, da dessen Ziel nicht eine allgemeine staatswissenschaftliche Darstellung, sondern eine solche der katholischen Grundsätze von Staat und Gesellschaft war (s. Vorbericht zur 1. Aufl., Bd. 1 (Freiburg 1889) V. Näheres zur Geschichte dieses Lexikons bei *Hans-Jürgen Becker*, Der Staat im Spiegel der Staatslexika. Ein Vergleich des Evangelischen Staatslexikons und des Staatslexikons der Görres-Gesellschaft, in: *Historisches Jahrbuch* 121 (2001) 371 ff.

<sup>2</sup> 1835–1917. Nach Studium der Rechts- und dann der Staatswissenschaften in Heidelberg bei K. H. Rau und Göttingen war Wagner Professor für Nationalökonomie und Finanzwissenschaften an der Handelakademie Wien, sowie den Universitäten Dorpat, Freiburg und Berlin. Zu Leben und Werk *Karl Häuser*, Adolph Wagner – Leben und Werk, in: *Vademecum* zu einem Klassiker der Finanzwissenschaft (Düsseldorf 1991), im folgenden zitiert: *Häuser*, Wagner.

<sup>3</sup> *Ludwig Gumplowicz*, Geschichte der Staatstheorien (Innsbruck 1905) 521; im folgenden zitiert *Gumplowicz*, Staatstheorien. Vgl. auch *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II (München 1992) 423, 426, 439; im folgenden zitiert: *Stolleis*, Geschichte II; *ders.*, Die Allgemeine Staatslehre im 19. Jahrhundert, in: *Diethelm Klippel* (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert (Goldbach 1997) 3 ff., 12 ff.; *Jens Kersten*, Georg Jelinek und die klassische Staatslehre (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 28,

nimmt, d.h. den Bereich der Rechtswissenschaft, der sich den Grundlagen des Staates widmet, wie etwa dem Begriff und dem Zweck des Staates<sup>4</sup>. Die letzten großen Werke zu diesen Fragen verfaßten Robert von Mohl 1859<sup>5</sup> und Johann Caspar Bluntschli ab 1851<sup>6</sup>. Insbesondere nach der Reichsgründung konzentrieren sich demgegenüber Juristen, wie etwa Carl Friedrich von Gerber und Paul Laband, auf das Verfassungsrecht. In dem neuen Reichsstaatsrecht wird die Thematik des Staatszwecks aus rechtswissenschaftlichen Untersuchungen ausgeblendet und dem Gebiet der (wissenschaftlichen) Politik zugewiesen<sup>7</sup>.

Nach einer ungefähr dreißigjährigen Pause läßt sich dann allerdings um 1900 eine neue Phase der Beschäftigung mit der Allgemeinen Staatslehre in der Jurisprudenz feststellen. Kurz hintereinander erscheinen entsprechende Werke von Conrad Bornhak (1896)<sup>8</sup>, Hermann Rehm (1899)<sup>9</sup>, Georg Jellinek (1900)<sup>10</sup> und Richard Schmidt (1901)<sup>11</sup>. Gemeinsam ist diesen Arbeiten der Versuch, die Staatslehre empirisch zu fundieren<sup>12</sup>. In Abkehr von den Lehren der vorausgegangenen Jahre ist man bestrebt, die soziale Wirklichkeit methodisch in den Staatsbegriff einzubeziehen. Die bekannteste Verbindung zwischen „Faktizität und Normativität“<sup>13</sup> stammt von Georg Jellinek. Dieser gliedert die Allgemeine Staatslehre in

Tübingen 2000) 69ff., im folgenden zitiert: *Kersten*, Jellinek; sowie *Georg Jellinek*, Allgemeine Staatslehre (Berlin <sup>3</sup>1914, bearbeitet von *Walter Jellinek*) 230; im folgenden zitiert: *Jellinek*, Staatslehre. Eine Ausnahme stellen etwa die „Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre“ von Max von Seydel (1873) dar, dazu *Peter Landau*, Max v. Seydel – Bayerns Staatsrechtslehre im Bismarckreich, in: *Verfassung – Philosophie – Kirche*, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag (Berlin 2001) 59ff., 71 ff.

<sup>4</sup> Zur Entwicklung des Faches „Allgemeine Staatslehre“, das aus dem *ius publicum universale*, d.h. dem aus der Vernunft abgeleiteten Staatsrecht der Naturrechtslehre i.e.S., entstanden ist, *Stolleis*, *Geschichte II* 122f. Ein Überblick über die sehr unterschiedlichen Definitionen der Allgemeinen Staatslehre am Ende des 19. Jahrhunderts findet sich bei *Hermann Rehm*, *Allgemeine Staatslehre* (Freiburg 1899) 2ff.

<sup>5</sup> *Encyklopädie der Staatswissenschaften* <sup>2</sup>1872.

<sup>6</sup> *Allgemeines Staatsrecht*. Dieses Werk wurde in der Folgezeit mehrfach neu aufgelegt, wobei der Verfasser Ausführungen zum Staatszweck erstmals in die 5. Auflage (1875) aufnahm (s. *Allgemeine Staatslehre* <sup>5</sup>VI). Allerdings hatte Bluntschli schon 1865 im Artikel „Staat“ für das „Deutsche Staatswörterbuch“ dem Staatszweck einen eigenen Abschnitt gewidmet.

<sup>7</sup> *Kersten*, Jellinek 60f.; *Diethelm Klippel*, *Naturrecht und Politik im Deutschland des 19. Jahrhunderts*, in: *Karl Graf Ballestrem* (Hrsg.), *Naturrecht und Politik* (Berlin 1993) 27ff., 36f., im folgenden zitiert: *Klippel*, *Politik*

<sup>8</sup> Dazu *Thomas Duve*, *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900. Historisch-systematische Untersuchung des Lebens und Werks von Richard Schmidt (1862–1944) und der Methodenentwicklung seiner Zeit* (Münchener Universitätschriften, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 81, Ebelsbach 1998), im folgenden zitiert: *Duve*, *Normativität* 269; *Kersten*, Jellinek 76 f.

<sup>9</sup> Dazu *Stolleis*, *Geschichte II*, 440f.; *Duve*, *Normativität* 268f.; *Kersten*, Jellinek 78 ff.

<sup>10</sup> Dazu *Stolleis*, *Geschichte II*, 450ff. mwN; *Duve*, *Normativität* 269ff.; *Kersten*, Jellinek 80ff.

<sup>11</sup> Dazu *Stolleis*, *Geschichte II*, 441f.; *Duve*, *Normativität*, insbes. 221ff.; *Kersten*, Jellinek 82ff.

<sup>12</sup> *Kersten*, Jellinek 86; *Duve*, *Normativität* 267ff.

<sup>13</sup> *Kersten*, Jellinek 5ff., 80f. u.s. Sachregister; *Duve* kennzeichnet die Grundstruktur der Methodenansätze um 1900 mit „Empirie und Normativität“ *Duve*, *Normativität* 212ff.

eine „Allgemeine Staatsrechtslehre“ und eine „Allgemeine Soziallehre des Staates“, in welcher er den Staat „als gesellschaftliches Gebilde in der Totalität seines Wesens“ betrachten will<sup>14</sup>. Auch diese Veränderung der Situation in der Staatslehre spiegelt sich im übrigen im Handwörterbuch der Staatswissenschaften wider. Dieses wird nämlich ab 1901 in der 2. Auflage um einen Beitrag von Edgar Loening mit dem Titel „Staat (Allgemeine Staatslehre)“ erweitert. Daneben bleibt der Artikel von Wagner erhalten, der, wie eingangs erwähnt, 1895 in das Lexikon aufgenommen wurde<sup>15</sup>.

2. Die Tatsache, daß der Ökonom Wagner aufgefordert wurde, zur Ergänzung der ersten Auflage des Handwörterbuches das Stichwort „Staat“ zu kommentieren, beschreibt Ludwig Gumplowicz als Ausweichmanöver. Nachdem die Redaktion „unter allgemeiner Heiterkeit daran gemahnt“ worden sei, „daß doch die Abnehmer eines Staatslexikons ein Recht haben, in demselben einen Artikel ‚Staat‘ zu finden“, sei man mit dem Auftrag an Wagner „der Besprechung des Staates als solchem aus dem Wege“ gegangen<sup>16</sup>. Demgegenüber legt allerdings das Vorwort des Lexikons eine andere Bewertung des Vorgangs nahe. Dieser erscheint nämlich als eine sehr bewußte und konsequente Entscheidung, wenn man die Konzeption des Werkes berücksichtigt. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang der Hinweis der Herausgeber<sup>17</sup> auf einen Wandel im Verständnis der Staatswissenschaften. Im Vorwort wird ausdrücklich die in der Mitte des 19. Jahrhunderts herrschende Auffassung aufgegeben, nach der als Gebiete der Staatswissenschaft bestimmt wurden: „Allgemeine Staatslehre, öffentliches Recht, umfassend philosophisches Staatsrecht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Völkerrecht, ferner Staats sittenlehre, Staatskunst oder Politik, Staatsgeschichte und Statistik“<sup>18</sup>. Demgegenüber bezeichnen die Herausgeber des Handwörterbuches als Staatswissenschaften „im neuern und engern Sinn“, welche den Hauptinhalt des Lexikons bilden sollen, die „theoretische und praktische Volks- und Staatswirtschaftslehre und die unter *wirtschaftlichen* Gesichtspunkten aufgefaßte Gesellschaftslehre und Sozialpolitik“<sup>19</sup>. Nach dieser grundsätzlichen Entscheidung für eine wirtschaftliche Perspektive auf die Staatswissenschaften<sup>20</sup> ist die Erläuterung des Staates im

<sup>14</sup> Jellinek, Staatslehre 11.

<sup>15</sup> In der 4. Auflage wechselt die Autorschaft zu Wagners Schüler (*Häuser*, Wagner 39ff., 44) Franz Oppenheimer, der eine grundsätzlich andere Ansicht vertritt, jedoch daneben – inhaltlich wenig passend – weite Teile aus den Ausführungen von Wagner übernimmt.

<sup>16</sup> Gumplowicz, Staatstheorien 523.

<sup>17</sup> J. Conrad, L. Elster, W. Lexis, E. Loening.

<sup>18</sup> Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Jena 1890) III.

<sup>19</sup> Ebd. Zur Rechtfertigung der neuen Ansicht berufen sich die Herausgeber darauf, daß in neuerer Zeit bei der amtlichen Bezeichnung der wirtschaftswissenschaftlichen Lehrstühle der Ausdruck „Staatswissenschaften“ verwendet werde. Im übrigen wird ungefähr zur gleichen Zeit (1893) in der beginnenden mehrbändigen Reihe „Hand- und Lehrbuch der Staatswissenschaften“ (hrsg. von *Kuno Franckenstein*) die erste Abteilung der Volkswirtschaftslehre, die zweite der Finanzwissenschaft und erst die dritte der Staats- und Verwaltungslehre gewidmet.

<sup>20</sup> Vgl. auch den Hinweis von Elster in seinen Vorbemerkungen zur 4. Auflage des Handwörterbuches („in memoriam“), in denen er von der Entstehung des Lexikons berichtet und

Handwörterbuch durch einen Ökonomen durchaus folgerichtig. Wenn im übrigen darauf hingewiesen wird, daß die Volkswirtschaftslehre „in ihrer Auffassung der wirtschaftlichen Rolle des Staates eine neue Wendung genommen hat“<sup>21</sup>, kann dies als Hinweis darauf gewertet werden, daß in der Nationalökonomie jener Zeit eine besondere Staatslehre ausgearbeitet wurde. Das bedeutet dann aber, daß man durch Wagners Autorenschaft nicht eine Besprechung des Staates vermeiden wollte, wie Gumpłowicz behauptet<sup>22</sup>, sondern im Gegenteil dafür eine ganz besonders aktuelle Darstellung wählte.

Die Entscheidung der Redaktion des Handwörterbuchs über die Kommentierung des Stichworts „Staat“ enthält damit einen weiteren – sehr bedeutsamen – Hinweis: In dem Zeitraum zwischen 1871 und 1900 verschwinden Überlegungen zu den Grundbegriffen des Staates nur scheinbar. Bei näherer Untersuchung zeigt sich nämlich, daß das Thema nur wandert, und zwar von der Jurisprudenz zur Nationalökonomie<sup>23</sup>. Parallel dazu ist ein Bedeutungswandel bei den Staatswissenschaften zu beobachten. Die Jurisprudenz verliert die leitende Position; an ihre Stelle tritt die Nationalökonomie<sup>24</sup>. Diese Wanderung des Themas wurde bei Forschungen zur Staatslehre um 1900 bisher nicht berücksichtigt<sup>25</sup>. Dies ist erstaunlich, da die damaligen Autoren der Allgemeinen Staatslehren zum Teil ausdrücklich Bezug auf die unmittelbar vorangegangene ökonomische Debatte nehmen<sup>26</sup>. So weist etwa Jellinek darauf hin, daß die Frage des Staatszwecks, die früher Rechtsphilosophen und Staatsrechtslehrer beschäftigt habe, „in der Gegenwart“ überwiegend von Vertretern der Politischen Ökonomie<sup>27</sup> untersucht

dabei erwähnt, daß man ein „Nachschlagewerk der Wirtschaftswissenschaften“ geplant habe (S. V).

<sup>21</sup> Vorwort zur 1. Auflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften (1890) III.

<sup>22</sup> Vgl. oben bei Anm. 16.

<sup>23</sup> Zur parallelen Erscheinung bei der Diskussion um Prinzipien des Privatrechts *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Ius Privatum 53, Tübingen 2001) 14, 74 ff., im folgenden zitiert: *Hofer*, Freiheit.

<sup>24</sup> Wenn später die Kommentierung des Staates dem Soziologen Oppenheimer übertragen wird (s. Anm. 15), dann deutet dies einen weiteren Bedeutungswandel an.

<sup>25</sup> Die ökonomische Forschung der Zeit wird nicht erwähnt bei *Stolleis*, Geschichte II; *Duwe*, Normativität; *Kersten*, Jellinek; *Stefan Koriath*, Die Staatszwecklehre Georg Jellineks, in: *Stanley L. Paulson*, *Martin Schulte* (Hrsg.), *Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk* (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 27, Tübingen 2000) 117 ff.

<sup>26</sup> Bei Richard Schmidt etwa führt die Vorstellung, daß in der Staatslehre die Wirklichkeit umfassend zu berücksichtigen sei, zu der Forderung nach einer Einbeziehung anderer Wissenschaftszweige. Ausdrücklich nennt er dabei die Nationalökonomie (Allgemeine Staatslehre, Bd. 1 [Leipzig 1901] 20, 22 ff.). Zur Begründung führt er an, daß die Volkswirtschaftslehre eine Übersicht biete über die Kulturzwecke, „in deren Beförderung auch die Bedeutung des Staates innerlich beschlossen ist“ (S. 22). In diesem Zusammenhang verweist der Roscher-Schüler Schmidt (*Duwe*, Normativität 19, 31 f.) den Leser insbesondere auf die Grundrisse der Politischen Ökonomie bzw. Allgemeinen Volkswirtschaftslehre von *Philippovich* und *Schmoller* (S. 19).

<sup>27</sup> Die Nationalökonomie wurde in Deutschland im Anschluß an englische und französische Bezeichnungen auch „Politische Ökonomie“ genannt. Zu den verschiedenen Definitionen

werde. Er nennt in diesem Zusammenhang die Namen Schäffle, Wagner und Philippovich<sup>28</sup>. Bereits 30 Jahre vorher hatte der Publizist und Staatsphilosoph Konstantin Frantz hervorgehoben, daß die Nationalökonomie viel wirksamer sei als die theoretische Staatslehre. Den Grund dafür sah er in dem Umstand, daß jene auf „empirischen Boden“ stehe, während die Staatslehre, welche mit dem „sogenannten Staatszweck“ beginne, nur „hohle Formeln liefere“. Aus dieser Beobachtung folgert der Autor im Jahre 1870: „Unter solchen Umständen bleibt nichts mehr übrig, als daß die Staatslehre vor der Oekonomie die Segel streicht, indem sie die Oekonomie selbst zum Organon alles politischen Denkens macht, wonach dann der Staat kurzweg als eine ökonomische Anstalt gelten wird.“<sup>29</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die Empirie der Allgemeinen Staatslehre um 1900 in einem neuen Licht.

Im folgenden sollen ausgehend von den Ausführungen Adolph Wagners<sup>30</sup> ökonomische Staatslehren am Ende des 19. Jahrhunderts untersucht werden. In diesen spielt, wie sich zeigen wird, das Naturrecht in verschiedenen Formen eine Rolle.

## II. Naturrechtliche Aspekte ökonomischer Staatslehren

1. Ein erster Aspekt ergibt sich sogleich, wenn man die Literaturangaben berücksichtigt, mit denen Wagner seinen Artikel über den Staat im Handwörterbuch abschließt. Dort erwähnt er nicht nur die Allgemeinen Staatslehren von Mohl und Bluntschli, sondern u.a. auch die „Literatur des älteren Naturrechts“, mit dem Zusatz „bes. Chr. Wolff“<sup>31</sup>. Dieser auf den ersten Blick erstaunliche Hinweis erklärt sich aus der Perspektive, aus der Wagner das Thema behandelt. Im Zentrum seiner nationalökonomischen Untersuchung des Staates steht nämlich die Stellung des Staates zum Wirtschaftsleben. Erörtert wird der Umfang der Staatstätigkeit.

dieses Begriffs am Ende des 19. Jahrhunderts *Wagner*, Grundlegung der Politischen Ökonomie, 1. Teil, 1. Halbbd. (Jena <sup>3</sup>1892) 260 ff.

<sup>28</sup> *Jellinek*, Staatslehre 240.

<sup>29</sup> Naturlehre des Staates auf Grundlage aller Staatswissenschaften (Leipzig 1870) 74.

<sup>30</sup> Wagners Darlegungen zu diesem Thema finden sich zum einen, wie bereits erwähnt, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Jena <sup>1</sup>Ergänzungsband 721–731; 6. Bd. (<sup>2</sup>1901) 940–951; 7. Bd. (<sup>3</sup>1911) 727–739). Der Text ist, abgesehen von kleinen Ergänzungen in der Literaturübersicht, in allen Auflagen identisch. Im folgenden werden stets die Seitenzahlen der 3. Auflage (zitiert: *Wagner*, Staat, HdStW) angegeben.

Zum anderen geht Wagner in seiner „Grundlegung der Politischen Ökonomie“ seit der ersten Auflage 1876 in einem eigenen Abschnitt auf den „Staat, volkswirtschaftlich betrachtet“ ein. Auf diese Ausführungen verweist er in seinem Handbuchartikel, und zwar insbesondere auf diejenigen in der – an diesem Punkt wesentlich erweiterten – dritten Auflage der „Grundlegung“. Im folgenden wird daher, soweit nicht anders angegeben, immer auf die 3. Auflage (1. Teil, 2. Halbbd. [Leipzig 1893], zitiert: *Wagner*, Grundlegung) verwiesen.

<sup>31</sup> Ab der 2. Auflage des HdStW.

In diesem Zusammenhang beschäftigt sich Wagner mit dem Staatszweck<sup>32</sup>. Damit greift er einen Gesichtspunkt auf, der in naturrechtlichen Werken seit dem 17. Jahrhundert eine zentrale Rolle spielte. Dort wurden im Zusammenhang mit der Lehre von der Staatsentstehung durch Vertrag die Ziele dieses Vertragsschlusses und damit die Zwecke des Staates untersucht<sup>33</sup>. So bemerkt denn auch Fritz Berolzheimer 1906, daß die Frage nach dem Staatszweck eine „naturrechtliche“ sei. Zur Begründung heißt es bei ihm – unter gleichzeitiger Distanzierung von der Perspektive: „Erstens beruht sie (sc. die Frage nach dem Staatszweck) auf dem Gedanken: Zur Realisierung welchen Zweckes haben sich die einzelnen zum Staat zusammengeschlossen?, während die Frage richtig sich auf die Funktionen des Staates bezieht. Zweitens supponiert jene Problemstellung, daß der Staatszweck oder die mehreren Staatszwecke allgemeingültig (für jeden Staat), schlechthin unveränderlich (in allen Zeiten) seien, während die Geschichte das Gegenteil lehrt.“<sup>34</sup> Allerdings vertrat zu Beginn des 20. Jahrhunderts niemand mehr eine absolute Theorie, sondern man ging allgemein davon aus, daß Staatszwecke nur relativ, d.h. nach Zeit und Ort verschieden, bestimmt werden könnten<sup>35</sup>. Entsprechend äußert sich auch Adolph Wagner. Er gliedert<sup>36</sup> den Staatszweck in den Rechts- und damit verbunden den Machtzweck einerseits, sowie den Kultur- und Wohlfahrtszweck andererseits<sup>37</sup>. Staatsaufgaben seien die Fürsorge für die

<sup>32</sup> Vgl. nur die Überschrift zu Ziffer 3 des Artikels: „Die Zwecke und Aufgaben des Staats“. Allgemein zur Verbindung zwischen Staatszwecklehre und Vorstellungen vom Umfang der Staatstätigkeit *Diethelm Klippel*, Der liberale Interventionsstaat, in: *Heiner Lück* (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft im mitteleuropäischen Raum. Symposium für Rolf Lieberwirth anlässlich seines 75. Geburtstages (Köln u. a. 1998), im folgenden zitiert: *Klippel*, Interventionsstaat.

<sup>33</sup> Überblicke über die Staatszwecktheorien bei *Hans von Frisch*, Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung, in: Handbuch der Politik, Bd. 2 (Berlin u. Leipzig 1914) 46 ff., 52 ff.; *Jellinek*, Staatslehre 242 ff. Zur Bedeutung der Staatszwecklehre im 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts *Klippel*, Interventionsstaat 77 ff.; *ders.*, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts. Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft NF 23, Paderborn 1976), s. Stichwortregister, im folgenden zitiert: *Klippel*, Freiheit.

<sup>34</sup> *Fritz Berolzheimer*, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 3 Philosophie des Staates samt den Grundzügen der Politik (München 1906) 71.

<sup>35</sup> In diesem Sinn äußern sich auch schon Mohl u. Bluntschli; vgl. nur *Robert von Mohl*, Enzyklopädie der Staatswissenschaften (Freiburg u. Tübingen 1872) 75; *ders.*, Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 1 (Erlangen 1855) 92. Auch für Johann Caspar Bluntschli ist es selbstverständlich, daß es örtlich und zeitlich verschiedene Ausfüllungen des Staatszwecks gibt, s. seine Allgemeine Staatslehre (Stuttgart 1875) 358, 362. Zu weiteren Vertretern von relativen Zwecktheorien in dieser Zeit *Hans von Frisch*, Die Aufgaben des Staates in geschichtlicher Entwicklung, in: Handbuch der Politik, Bd. 2 (Berlin u. Leipzig 1914) 58 ff.; *Jellinek*, Staatslehre 250 ff. Zu dem Wandel, den diese Anschauungen gegenüber den alten Ansätzen der Staatszwecklehren bedeuten *Klaus Hesse*, Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts (Köln, Berlin 1964) 20 ff.

<sup>36</sup> Die Unterscheidung der Staatszwecke versteht er nicht als äußerliche Trennung, sondern ausdrücklich als bloße Gliederung, *Wagner*, Grundlegung 875, 885.

<sup>37</sup> Ebd. 885.

Rechtsordnung und die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit und Souveränität von Staat und Volk<sup>38</sup> sowie die „Förderung der Staatsangehörigen in der Verfolgung ihrer Lebensaufgaben“<sup>39</sup>. Dabei betont Wagner, daß es nicht möglich sei, Bedeutung und Umfang dieser Aspekte „principiell ein für allemal“ festzustellen; der geschichtliche Staat zeige „nach Zeit und Land gewisse Verschiedenheiten“<sup>40</sup>.

Vom (älteren) Naturrecht wird also die Perspektive übernommen, aus welcher der Staat untersucht wird, nicht jedoch das Ergebnis. Ausdrücklich lehnt etwa Wagner die Bestimmung des Staatszwecks allein als Wohlfahrtsförderung<sup>41</sup> oder Rechtsverwirklichung<sup>42</sup> ab. Ja, er sieht in der „gleichzeitigen und parallel gehenden Entwicklung des Naturrechts (sc. von Chr. Wolff) oder der Rechts- und Staatsphilosophie auf Rousseauscher und Kantscher Grundlage“ sogar den Grund dafür, daß bisher prinzipielle volkswirtschaftliche Erörterungen über den Staat nicht erfolgt seien<sup>43</sup> – jedenfalls nicht in der Art, die Wagner anstrebt.

Neben der Ablehnung einer absoluten Staatszwecktheorie zeigt die zuletzt zitierte Bemerkung im übrigen, daß Wagner von einem engen Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie und nationalökonomischer Staatsbetrachtung ausgeht. So betont er denn auch: „Wir bedürfen der Rechtsphilosophie besonders in den Fragen [...] über seine (sc. des Staates) Zwecke und die Grenzen seiner Wirksamkeit.“<sup>44</sup> Nationalökonomie und Rechtsphilosophie müßten sich gegenseitig als Hilfswissenschaften betrachten<sup>45</sup>. Dementsprechend führt Wagner an, daß eine „geläuterte Rechtsphilosophie“ Voraussetzung sei für eine – seiner Ansicht nach – zutreffende volkswirtschaftliche Untersuchung des Staates<sup>46</sup>. Konkret denkt er an die Philosophie von Karl Christian Krause<sup>47</sup> und seine Schüler Heinrich Ahrens und Karl David August Röder<sup>48</sup>. Deren Naturrecht<sup>49</sup> mit einer organischen

<sup>38</sup> Ebd. 885 ff.

<sup>39</sup> Ebd. 887.

<sup>40</sup> Ebd. 880, 883; 879.

<sup>41</sup> In diesem Sinn bestimmte Christian Wolff den Staatszweck.

<sup>42</sup> Diese Ansicht vertrat u.a. Immanuel Kant.

<sup>43</sup> Wagner, Grundlegung 871.

<sup>44</sup> Ebd. 872.

<sup>45</sup> Ebd. In diesem Verständnis liegt ein grundsätzlicher Unterschied zur Auffassung in der Politik, die nun allein selbst den Staatszweck bestimmen will, dazu Klippel, Politik 37.

<sup>46</sup> Wagner, Grundlegung 872.

<sup>47</sup> Dazu Peter Landau, Karl Christian Krauses Rechtsphilosophie, in: Klaus-M. Kodalle (Hrsg.), Karl Christian Friedrich Krause (1781–1832). Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo (Hamburg 1985) 80ff.; zu Verbindungen von Krauses Lehren mit dem Naturrecht Chr. Wolffs Peter Landau, Karl Friedrich Krause und Christian Wolff. Zu den Wurzeln des „Krausismo“ im deutschen Naturrecht, in: Rechtsentstehung und Rechtskultur, Festschrift für H. Scholler (Heidelberg 1991) 127–136.

<sup>48</sup> Zu Krause und Ahrens Stolleis, Geschichte II, 426ff.; speziell zu deren Staatszwecktheorie Hans Hug, Die Theorie vom Staatszweck (Winterthur 1954) 49 ff.; zu Ahrens' Staatstheorie, Peter Landau, Geschichtliches Recht und das Prinzip freier Körperschaftsbildung in der Rechtsphilosophie von Heinrich Ahrens, in: Gerhard Dilcher, Bernhard Diestelkamp (Hrsg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy, Symposion für Adalbert Erler (Berlin 1986) 157 ff., 164 f.; zur Verbindung zwischen Wagner und Ahrens Rainer Schröder, Zur Rechtsphilosophie des Krause-Schülers Heinrich Ahrens (1808–1874), in: Klaus-M. Kodalle

Staatsvorstellung liefere die notwendige Grundlage für die nationalökonomische Erforschung des Staates. Damit läßt sich ein weiterer naturrechtlicher Aspekt in Wagners volkswirtschaftlichen Darlegungen zum Staat ausmachen, nämlich die inhaltliche Orientierung an dem Zweig der zeitgenössischen Rechtsphilosophie, der sich ausdrücklich selber als naturrechtlich bezeichnet.

2. Allerdings stimmt Wagner Ahrens nicht uneingeschränkt zu. Vor allem kritisiert er Ahrens' Ergebnis, der Staat solle nur die Bedingungen wirtschaftlicher Entwicklung schaffen. Dieser Gedanke sei nicht praktisch verwendbar, wenn in einem konkreten Fall ein staatliches Tätigwerden in Frage stehe. In diesem Zusammenhang merkt Wagner an, daß „Ahrens in seiner Polemik gegen die Sozialisten den einmal bei uns bestehenden Bereich der Staatsthätigkeit doch noch viel zu sehr als den ohne Weiteres richtigen anerkennt. Gerade hier liegen ohne Zweifel wichtige Grenzgebiete, auf welchen bald die staatliche, d.i. zwangsgemeinschaftliche, bald die privatwirtschaftliche Herstellung und Vertheilung der betreffenden Güter angezeigt ist, in unserer Zeit aber die erstere mit Recht mehr hervortritt [...]“. <sup>50</sup> Diese Sätze sind weniger wegen der Distanzierung zu Ahrens, als vielmehr deswegen bedeutsam, weil sie auf einen weiteren wichtigen Gesichtspunkt in Wagners Ausführungen zum Staatszweck hinweisen. Wenn hier die Einstellung von Ahrens zu den Sozialisten erwähnt wird, dann zeigt sich, daß die Darlegungen zum Staatszweck offensichtlich auch bestimmt werden durch die jeweilige politische Überzeugung des Verfassers<sup>51</sup>. Ausdrücklich bemerkt denn auch Jellinek, daß sich bei der Frage nach dem Staatszweck Staatslehre und praktische Politik berühren: „Politische Prinzipien haben, heißt nichts anderes, als bestimmte Ansichten über das Verhältnis konkreter Angelegenheiten zu den Mittel- oder Endzwecken des Staates haben.“<sup>52</sup> Wagner liefert für diese Feststellung ein deutliches Beispiel. Seine grundsätzliche ökonomische und politische Position kennzeichnet er selber als „Staatssozialismus“<sup>53</sup>. Inhaltlich versteht er darunter einen Kompromiß zwischen Individual- und Sozialprinzip. Kennzeichen dieser

(Hrsg.), Karl Christian Friedrich Krause (1781–1832). Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo (Hamburg 1985) 108 ff.

<sup>49</sup> *Heinrich Ahrens*, Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates auf dem Grunde des ethischen Zusammenhanges von Recht und Kultur, 2 Bde. (Wien 1870); *Karl David August Röder*, Grundzüge des Naturrechts oder Rechtsphilosophie (Leipzig, Heidelberg 1860).

<sup>50</sup> *Wagner*, Grundlegung 874.

<sup>51</sup> Vgl. auch Hans Kelsens Bemerkung beim Thema Staatszweck, daß Naturrecht „nur in juristischer Terminologie auftretende Politik“ sei (Allgemeine Staatslehre [Berlin 1925] 40). Eingehend zu Naturrecht und Politik: *Klippel*, Freiheit; *ders.*, Interventionsstaat; *ders.*, Politik.

<sup>52</sup> *Jellinek*, Staatslehre 237. Zu Jellineks Staatszwecklehre Näheres bei *Stefan Koriath*, Die Staatszwecklehre Georg Jellineks, in: *Stanley L. Paulson*, *Martin Schulte*, Georg Jellinek – Beiträge zu Leben und Werk (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 27, Tübingen 2000); *Kersten*, Jellinek 310 ff., 335 ff.

<sup>53</sup> *Wagner*, Grundlegung 58ff., u.s. nur den Titel eines Aufsatzes „Finanzwissenschaft und Staatssozialismus“ (1887). Den Staatssozialismus versteht er als ökonomische Doktrin und als System der Wirtschaftspolitik.

Richtung sei, daß sie „*principiell* dem Socialismus“ entgegenkomme, da sie „dessen Kritik *theilweise* für berechtigt und dessen Forderungen in Bezug auf die Eigenthumsordnung *theilweise* für erfüllbar und die Erfüllung für erwünscht hält“<sup>54</sup>. Das Sozialprinzip wird von Wagner ausdrücklich als das vorherrschende bezeichnet<sup>55</sup>. Jedoch werde beim Staatssozialismus, anders als beim Socialismus, der Individualismus als eine „*princielle* Schranke“ der Gemeinwirtschaft anerkannt. Diese Schranke könne nicht ein für allemal festgelegt werden, sondern sei jeweils nach genauer Untersuchung der konkreten Verhältnisse aufzustellen<sup>56</sup>. Der Konstruktion liegt ein erheblicher Optimismus hinsichtlich eines richtigen Staatsverhaltens zugrunde, wobei wichtig ist, daß Wagner insoweit eine gewisse Garantie in der Kontrolle durch das Parlament sieht<sup>57</sup>. Daneben soll natürlich die Nationalökonomie die richtigen Entscheidungen vorbereiten.

Bei der Frage nach den Staatszwecken findet Wagners Befürwortung des Staatssozialismus Ausdruck in der Formulierung eines Gesetzes für den Umfang der Staatsaufgaben. Es handelt sich dabei um den bekanntesten Abschnitt von Wagners Werk<sup>58</sup>, nämlich um das „Gesetz der wachsenden Ausdehnung der Staatstätigkeiten“<sup>59</sup>. Wagner versteht dieses als ein Entwicklungsgesetz – nach seiner Definition ein Gesetz, welches „die gesetzmässigen Veränderungen der Voraussetzungen der wirtschaftlichen Erscheinungen, der psychischen Motivation, des ökonomisch-technischen Könnens und der Rechtsordnung, sowie die gesetzmässigen Rückwirkungen der einen Reihe von Voraussetzungen auf die andere“ angibt<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Wagner, Grundlegung 59 (Hervorhebungen im Original).

<sup>55</sup> Ebd. 23. Um die Tatsache zu betonen, daß ein gesellschaftliches – und nicht ein rein privatwirtschaftliches – System dargestellt werde, prägt er auch den Ausdruck „Sozialökonomik“ (19f., 65).

<sup>56</sup> Wagner, Grundlegung 59f., 780f. Zu Wagners Staatssozialismus Karl-Dieter Griske, Robert K. v. Weizäcker, Wagners „Grundlegung“ im Spannungsfeld zwischen Liberalismus und Sozialismus, in: Vademecum zu einem Klassiker der Finanzwissenschaft (Düsseldorf 1991) 59ff. mwN; im folgenden zitiert Griske, Weizäcker, Wagners „Grundlegung“. Das grundlegende Problem seiner Konzeption liegt in den Unklarheiten der Grenze für die Staatsaufgaben. Der Wagnersche Staatssozialismus kann leicht das Maß verlieren, Bertram Schefold, Einleitung zu Adolph Wagners „Grundlegung“, in: Vademecum zu einem Klassiker der Finanzwissenschaft (Düsseldorf 1991) 17ff., 26 mit Hinweis auf eine Kritik von Lorenz v. Stein; im folgenden zitiert Schefold, Einleitung.

<sup>57</sup> Vgl. Wagner, Grundlegung 882, 890, 901; sowie Adolph Wagner, Finanzwissenschaft (Leipzig 31883) 70; dazu Bertram Schefold, Einleitung 26.

<sup>58</sup> Griske, Weizäcker, Wagners „Grundlegung“ 74ff.; Knut Wolfgang Nörr, Auf dem Wege zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: Wirtschaftliche Ordnungsvorstellungen im juristischen Denken vor und nach dem ersten Weltkrieg, in: K. N. Nörr, B. Schefold, F. Tenbruck (Hrsg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik (Stuttgart 1994) 423ff.; Herbert Timm, Das Gesetz der wachsenden Staatsaufgaben, in: Finanzarchiv 21 (1961) 201ff.; im folgenden zitiert: Timm, Gesetz.

<sup>59</sup> Wagner, Grundlegung 892ff.; ders., Staat HdStW 734ff.; auch Wagnersches Gesetz genannt (Häuser, Wagner 39). Wegen der finanziellen Konsequenzen wird das Gesetz auch als „Gesetz der wachsenden Ausdehnung des Finanzbedarfs“ (Wagner, Finanzwissenschaft 76) bzw. „der Staatsausgaben“ bezeichnet (Timm, Gesetz 202 und Titel).

<sup>60</sup> Wagner, Grundlegung 238.

Konkret für die Staatstätigkeiten<sup>61</sup> belegt Wagner mit statistischen Angaben (u. a. über die Entwicklung einzelner Etats der preußischen und bayerischen Staatshaushalte<sup>62</sup>), daß im Laufe des 19. Jahrhunderts deren Umfang an verschiedenen Orten zugenommen habe. Aus dieser Beobachtung leitet Wagner die Prognose ab, daß auch zukünftig eine Entwicklung in diese Richtung stattfinden werde<sup>63</sup>. Dies gilt seiner Ansicht nach sowohl für die Rechts- und Machtfunktion<sup>64</sup>, als auch für die Wohlfahrts- und Kulturfunktion<sup>65</sup> des Staates. Aber Wagner beschreibt nicht nur eine historische Entwicklung und leitet daraus Voraussagen für die Zukunft ab, sondern er bewertet dieses Ergebnis auch. Er billigt deutlich eine stetig sich ausdehnende Staatstätigkeit<sup>66</sup>. Damit stellt er für konkret zu treffende Entscheidungen eine leicht handhabbare Richtlinie auf, deren Fehlen er bei Ahrens kritisiert hatte.

3. Nachdem sich die bisherigen Ausführungen ausgehend von dem Handbuchartikel allein auf Adolph Wagner konzentriert haben, stellt sich die Frage, ob und wie andere Ökonomen der Zeit die Staatszwecke erörtern. Dabei fällt zunächst auf, daß sich in anderen Darstellungen der Allgemeinen Volkswirtschaftslehre<sup>67</sup> keine grundsätzlichen Auseinandersetzungen mit dem Staat finden, die mit denjenigen von Wagner vergleichbar wären<sup>68</sup>. Das mag im übrigen auch der Grund dafür gewesen sein, daß die Redaktion des Handwörterbuchs der Staatswissen-

<sup>61</sup> Im Abschnitt über den Staatszweck stellt Wagner im übrigen noch ein weiteres Gesetz auf, nämlich das „Gesetz des Vorwaltens des Präventivprinzips im entwickelten Rechts- und Kulturstaate“, *Wagner*, Grundlegung 908 ff.; *ders.*, Staat HdStW 736 f.

<sup>62</sup> *Timm*, Gesetz 202.

<sup>63</sup> Zu den Problemen dieser Annahme, *Timm*, Gesetz 219 ff.

<sup>64</sup> *Wagner*, Grundlegung 896 ff.

<sup>65</sup> Ebd. 888, 900 ff.

<sup>66</sup> Vgl. nur ebd. 884, die Bemerkung, daß sich die Staatstätigkeit „mit Recht“ in diese Richtung bewegen werde. Besonders deutlich wird diese Einstellung bei Ausführungen zu Aktiengesellschaften. Wagner plädiert für eine umfassende Ersetzung von privaten Gesellschaften durch den Staat, soweit Gemeinschaftsbedürfnisse betroffen seien, dazu *Hofer*, Freiheit 95 ff. mwN; Wagner erwähnt die Aktiengesellschaften im Abschnitt über den Staatszweck, *Wagner*, Grundlegung 905 f.

<sup>67</sup> Die Nationalökonomie jener Zeit wurde im Anschluß an das grundlegende Werk von *Karl Heinrich Rau*, Lehrbuch der politischen Ökonomie (ab 1826) üblicherweise in drei Teile untergliedert: 1. Grundzüge der Volkswirtschaftslehre (Grundlagen des Wirtschaftslebens und Grundbegriffe wie etwa Gut, Wert, Produktion; zum Teil wurde dieser Abschnitt auch einfach als „Nationalökonomie“ bezeichnet); 2. Finanzwirtschaft (Lehre vom Staatshaushalt) und 3. Volkswirtschaftspolitik (Lehre vom richtigen Verhalten des Staates zur Volkswirtschaft); vgl. dazu *Johannes Conrad*, Grundriß zum Studium der politischen Ökonomie, Bd. 1, Nationalökonomie (Jena <sup>9</sup>1920) § 2, 4 ff.; *Georg von Mayr*, Begriff und Gliederung der Staatswissenschaften (Tübingen <sup>4</sup>1921) §§ 21 ff., 118 ff.; sowie *Hans Karl Emil von Mangoldt*, Volkswirtschaft, Volkswirtschaftslehre, in: *J. C. Bluntschli, K. Brater* (Hrsg.), Deutsches Staats-Wörterbuch, 1. Bd. (Stuttgart, Leipzig 1870) 97 ff.

<sup>68</sup> Vgl. nur die Allgemeinen Volkswirtschaftslehren von Schmoller und Conrad. *Eugen von Philippovich*, Grundriß der Politischen Oekonomie, 1. Bd. Allgemeine Volkswirtschaftslehre (Tübingen <sup>18</sup>1923) 96 ff. betont zwar die Rolle des Staates für die Volkswirtschaft, verweist aber hinsichtlich einer Analyse der ökonomischen Natur der Staates dann allein auf Wagner (S. 99). Anderes gilt für die Werke der praktischen Volkswirtschaftslehre, dazu sogleich.

schaften Wagner für die Kommentierung auswählte. Jedoch bedeutet diese Beobachtung keineswegs, daß der Staatszweck für die übrige Nationalökonomie am Ende des 19. Jahrhunderts keine zentrale Frage dargestellt hätte. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall. Der Staat steht im Zentrum der ökonomischen Überlegungen – allerdings weniger theoretisch als vielmehr am Punkt der praktischen Konsequenzen<sup>69</sup>. Die Vorstellungen vom Umfang der Staatsaufgaben prägen ökonomische Ausführungen besonders deutlich bei der Debatte um das beherrschende Thema der Zeit, nämlich die soziale Frage<sup>70</sup>. Im Zentrum der Erörterungen steht dabei die Alternative „Selbsthilfe oder Staatseingriff“<sup>71</sup>. Das bedeutet nun aber nichts anderes als daß der zulässige Umfang der Staatsstätigkeit – d.h. die Staatsaufgaben und damit der Staatszweck – diskutiert werden, auch wenn dies selten so ausdrücklich wie bei Wagner ausgesprochen wird<sup>72</sup>. Abgesehen von Unterschieden im einzelnen lassen sich in den ökonomischen Stellungnahmen, auf die hier abschließend kurz eingegangen werden soll<sup>73</sup>, zwei grundsätzliche Positionen zum Staatszweck unterscheiden, und zwar diejenige der sog. Freihändler<sup>74</sup> und diejenige der sog. Kathedersozialisten<sup>75</sup>. Die erstgenannte Konzeption wird etwa

<sup>69</sup> So spricht dann etwa auch *Johannes Conrad* in seinem Werk über Volkswirtschaftspolitik die Frage der Staatsaufgaben an (Grundriß zum Studium der politischen Oekonomie, 2. Bd. Volkswirtschaftspolitik [Jena 5 1908] §§ 1ff.). Bezeichnenderweise geht auch *Wilhelm Lexis* in seinem Artikel „Staat (in volkswirtschaftlicher Bedeutung)“ im „Wörterbuch der Volkswirtschaft“ (2. Bd. [Jena 1898] 590ff.) allein auf konkrete wirtschaftspolitische Tätigkeiten des Staates ein. Vgl. auch die Bemerkung von *Hans Karl Emil von Mangoldt* in seinem Artikel „Volkswirtschaft, Volkswirtschaftslehre“ in Bluntschlis Staatswörterbuch 1870, daß in der Volkswirtschaftspolitik (s.o. Anm. 67) „auf Grundlage (...) einer bestimmt ausgesprochenen Annahme über den allgemeinen Zweck des Staats- und Völkerlebens die verschiedenen Voraussetzungen formuliert (sc. werden), unter denen ein Eingreifen der Regierungsgewalt in die Volkswirtschaft gerechtfertigt erscheint“. Im übrigen betont auch Wagner die praktischen Konsequenzen seiner Staatszwecklehre, und zwar insbesondere diejenigen für die Finanzwissenschaft. Er weist darauf hin, daß die Ansicht über die Staatsaufgaben die Annahme des Finanzbedarfs des Staates bestimme, *Wagner*, Grundlegung 875 f.

<sup>70</sup> Zur Erörterung dieser Thematik in naturrechtlichen (juristischen) Werken des 19. Jahrhunderts *Rainer Schröder*, Naturrecht und soziale Reform oder soziale Reform durch Naturrecht?, in: *Diethelm Klippel* (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert (Goldbach 1997) 185 ff., 201 ff.

<sup>71</sup> Zu diesem Prinzipienstreit *Eckhart Pankoke*, Soziale Bewegung – Soziale Frage – Soziale Politik (Industrielle Welt 12, Stuttgart 1970) 174 ff.

<sup>72</sup> Wagner ist im übrigen auch einer der wenigen Ökonomen, die explizit auf die Rechtsphilosophie Bezug nehmen. Auch diese Verbindung muß bei anderen indirekt erschlossen werden, dazu *Eugen von Philippovich*, Das Eindringen der sozialpolitischen Ideen in die Literatur, in: Die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaftslehre im neunzehnten Jahrhundert. Gustav Schmoller zur siebzigsten Wiederkehr seines Geburtstages (Leipzig 1908) XXXI, 21, 24 ff.

<sup>73</sup> Näheres zu einzelnen prinzipiellen Standpunkten *Hofer*, Freiheit 78 ff.

<sup>74</sup> Diese werden auch Manchesterleute oder Volkswirte genannt (nach dem Namen der Vereinigung, in der etliche Freihändler sich zusammengeschlossen hatten, dem „Kongreß deutsche Volkswirte“). Zu dieser ökonomischen Richtung *Volker Hentschel*, Die deutschen Freihändler und der volkswirtschaftliche Kongreß 1858 bis 1885 (Industrielle Welt 16, Stuttgart 1975); im folgenden zitiert *Hentschel*, Freihändler.

<sup>75</sup> S. dazu *Wilhelm Lexis*, Art. Kathedersozialismus, in: Handwörterbuch der Staatswissen-

im „Handwörterbuch der Volkswirtschaftslehre“ (1866) deutlich, dessen Autoren mehrheitlich freihändlerische Ansichten vertreten. Im Artikel zum Stichwort „Staat“ betont dort Gensel, daß zentrale Aufgabe des Staates die Aufrechterhaltung der Rechtsordnung sei<sup>76</sup>. Weitergehende Staatstätigkeiten werden mit der Begründung abgelehnt, daß die Dinge „durch die eigene Einsicht der Beteiligten und durch das lebendige im freien Verkehr waltende *Naturgesetz* sicherer und besser geregelt werden, als durch eine Einmischung und Bevormundung mit ihrer menschlichen Kurzsichtigkeit“<sup>77</sup>. Die Vorstellung, daß Naturgesetze die Volkswirtschaft bestimmen, ist kennzeichnend für eine extreme freihändlerische Position. Eine solche vertritt etwa auch der Publizist John Prince-Smith<sup>78</sup>, der z. B. in der Diskussion über gesetzliche Beschränkungen des Zinssatzes bemerkt: „Der Zinssatz regelt sich also nach so festen, in den Natureinrichtungen liegenden Ausgleichsgesetzen, dass er offenbar keiner Regelung durch Staatsgesetze bedarf. Der Glaube, dass er sich durch staatliche Einmischung regeln lasse, kann nur bei Denen herrschen, welche die unbezwingbare Gewalt naturgesetzlicher volkswirtschaftlicher Regulative [...] außer Acht lassen“<sup>79</sup>.

Solche Äußerungen werden von Gegnern dieser ökonomischen Richtung immer wieder herausgestellt und als Ansatzpunkt für eine Widerlegung verwendet. Dabei findet man häufig Bemerkungen der Art, daß jene Ansicht das „Ergebnis des jüngeren, liberal-radicalen Naturrechts“<sup>80</sup> bzw. der „naturrechtlichen Verherrlichung des Individuums und seiner Willkür“<sup>81</sup> sei. Von Ökonomen am Ende des 19. Jahrhunderts wird also eine bestimmte zeitgenössische volkswirtschaftliche Lehre mit dem Naturrecht identifiziert. Entscheidend ist dabei, daß dies vor allem durch Gegner dieser Richtung geschieht. Dadurch wird „Naturrecht“ zum Symbol für eine angeblich unzutreffende wirtschaftspolitische Ansicht. In dieser Weise äußern sich vor allem Mitglieder des Vereins für Sozialpolitik<sup>82</sup>. Diese sind

schaften, 3.A. Bd. 5, 50ff.; *Marie-Louise Plessen*, Die Wirksamkeit des Vereins für Sozialpolitik. Studien zum Katheder- und Staatssozialismus (Berlin 1975) mwN.

<sup>76</sup> Handwörterbuch der Volkswirtschaftslehre (Leipzig 1866) 827.

<sup>77</sup> Ebd. 827f.

<sup>78</sup> *Hentschel*, Freihändler 58 ff.; *Otto Wolff*, Lebensskizze, in: *Prince-Smith*, Gesammelte Schriften, 3. Bd. (Berlin 1880) 207 ff.

<sup>79</sup> *John Prince-Smith*, Gesammelte Werke, 3. Bd. (Berlin 1880) 110. Weitere Beispiele für solche Argumentationen auch bei anderen Ökonomen der Zeit erwähnt *Wilhelm Eduard Biermann*, Staat und Wirtschaft, Bd. I Die Anschauungen des ökonomischen Individualismus (Berlin 1905) 148 ff.

<sup>80</sup> *Gustav Schmoller*, Wechselnde Theorien und feststehende Wahrheiten im Gebiete der Staats- und Sozialwissenschaften und die heutige deutsche Volkswirtschaftslehre (Berlin 1897), im folgenden zitiert: *Schmoller*, Theorien 12. In derselben Weise werden dort im übrigen die Ansicht von Adam Smith und die sozialistische Richtung gekennzeichnet.

<sup>81</sup> *Gustav Schmoller*, Rede zur Eröffnung der Eisenacher Versammlung des Vereins für Sozialpolitik, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 20 (1873) 6 ff., 9, im folgenden zitiert: *Schmoller*, Eröffnungsrede. Vgl. auch *Karl Diebl*, Theoretische Nationalökonomie, 1. Bd. Einleitung in die Nationalökonomie (Jena<sup>2</sup> 1922) 176 ff., 192 ff.

<sup>82</sup> Zum Verein s. *Franz Boese*, Geschichte des Vereins für Sozialpolitik 1872–1932 (Berlin 1939); *Dieter Lindenlaub*, Richtungskämpfe im Verein für Sozialpolitik (Vierteljahrsschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Beihefte 52, 53, Wiesbaden 1967); *Marie-Louise Ples-*

überwiegend zugleich Vertreter der sog. jüngeren historischen Schule der Nationalökonomie. Kennzeichen der Methode dieser Schule, die sich ungefähr ab 1870<sup>83</sup> ausbildet, sind die Forderungen nach einer breiten, sicheren Kenntnis der Wirklichkeit sowie danach, die Volkswirtschaft „im Zusammenhang mit der ganzen übrigen Cultur zu sehen“<sup>84</sup>. Ökonomische Überlegungen auf der Grundlage der Fiktion einer abstrakten Wirtschaftsgesellschaft werden verworfen<sup>85</sup>. Der Annahme von Naturgesetzen wird die Ansicht gegenüber gestellt, daß nicht allein die Natur, sondern ebenso auch die Kultur und sittliche Vorstellungen wirtschaftliches Handeln bestimmen<sup>86</sup>. Deswegen teilen die Vertreter der jüngeren historischen Schule nicht den freihändlerischen Optimismus, daß sich durch die Gewährleistung freier Konkurrenz – d.h. dadurch, daß man den Egoismus unter dem Einfluß von Naturgesetzen sich selbst überlasse<sup>87</sup>, – eine richtige Güterverteilung ergebe. Vielmehr folgt aus ihrer Grundanschauung, daß bei fehlender sittlicher Kraft eines Volkes soziale Probleme entstehen können, sowie – und das ist für die Frage des Staatszwecks bedeutsam – daß dieses Problem durch Staatseingriffe ge-

sen, Die Wirksamkeit des Vereins für Sozialpolitik. Studien zum Katheder- und Staatssozialismus (Berlin 1975).

<sup>83</sup> Schmoller, Theorien 19, 22.

<sup>84</sup> Ebd. 25, 26. Ein solcher wirklichkeitsbezogener Ansatz war allerdings bereits seit etwa 1840 von den Vertretern der sog. älteren historischen Schule der Nationalökonomie (Wilhelm Roscher, Bruno Hildebrand, Karl Knies) ausgearbeitet worden (dazu: *Eckhart Pankeke*, Soziale Bewegung – Soziale Frage – Soziale Politik (Industrielle Welt 12, Stuttgart 1970) 135ff.; *Georg Jahn*, Die Historische Schule der Nationalökonomie und ihr Ausklang – Von der Wirtschaftsgeschichte zur geschichtlichen Theorie, in: *Antonio Montaner* (Hrsg.), Geschichte der Volkswirtschaftslehre (Köln, Berlin 1967) 41ff.; *Harald Winkel*, Die deutsche Nationalökonomie im 19. Jahrhundert (Darmstadt 1977) 92ff.; *Birger P. Priddat*, Intention an failure of W. Roscher's historical method of national economics, in: *Peter Kosłowski* (Hrsg.), The theory of ethical economy in the historical school (Berlin u.a. 1995) 15ff.). Aber erst die sog. jüngere historische Schule (z.B. Gustav Schmoller, Lujo Brentano, Georg Th. Knapp, Gustav Schönberg) führte in diesem Sinn Detailstudien durch und engagierte sich dann auch in der politischen Diskussion um die soziale Frage (*Jahn* 44ff.; *Harald Winkel*, Der Umschwung der wirtschaftswissenschaftlichen Auffassungen um die Mitte des 19. Jahrhunderts, in: *Helmuth Coing*, *Walter Wilhelm*, Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, 4. Bd. Eigentum und industrielle Entwicklung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht [Frankfurt a.M. 1979] 3ff., 10ff.; *Albert Müssiggang*, Die soziale Frage in der historischen Schule der deutschen Nationalökonomie [Tübinger wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen 2, Tübingen 1968] 118ff., 129ff.).

<sup>85</sup> Schmoller, Theorien 12.

<sup>86</sup> Vgl. nur *Bruno Hildebrand*, Die gegenwärtige Aufgabe der Nationalökonomie, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 1 (1863) 20ff., und *Gustav Schmoller*, Offenes Sendschreiben an Herrn Professor Dr. Heinrich von Treitschke über einige Grundfragen des Rechts und der Volkswirtschaft, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 22 (1874) 232, 243ff.; *ders.*, Eröffnungsrede 10; *Eugen von Philippovich*, Das Eindringen der sozialpolitischen Ideen in die Literatur, in: Die Entwicklung der deutschen Volkswirtschaftslehre im neunzehnten Jahrhundert. Gustav Schmoller zur siebzigsten Wiederkehr seines Geburtstages (Leipzig 1908) XXXI, 41.

<sup>87</sup> *Lujo Brentano*, Zum Jubiläum des Vereins für Sozialpolitik, in: Schriften des Vereins für Sozialpolitik 163 (München und Leipzig 1923) 3ff., 5.

löst werden müssen. Der Staat ist dann, wie dies Gustav Schmoller 1871 in seiner Eröffnungsrede des Vereins für Sozialpolitik formuliert, „das grossartigste sittliche Institut zur Erziehung des Menschengeschlechts“<sup>88</sup>.

### III. Zusammenfassung

Insgesamt führt die Untersuchung von Staat und Naturrecht in der deutschen Politischen Ökonomie um 1900 zu folgenden Ergebnissen:

(1) Das gängige Bild von einer Unterbrechung der Überlegungen zu Grundfragen des Staates zwischen 1871 und 1900 ist zu korrigieren. Diese Diskussion verschwindet nicht, sondern sie verlagert sich innerhalb der Staatswissenschaften von der Jurisprudenz zur Nationalökonomie.

(2) In der Nationalökonomie werden etwa ab 1870 die Staatszwecke in enger Verbindung mit der sozialen Frage erörtert. Das Thema erhält dadurch eine zentrale politische Dimension.

(3) Der Schritt von der idealen zur realistischen Staatsbetrachtung, welcher in der Allgemeinen Staatslehre nach 1900 im Vergleich zu derjenigen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts festzustellen ist, wurde durch die Nationalökonomie, insbesondere durch die sog. jüngere historische Schule, vorbereitet.

(4) Die ökonomische Debatte kann in mehrfacher Hinsicht unter den Aspekt „Naturrecht“ gefaßt werden: als Fortsetzung der Erörterung eines naturrechtlichen Themas; als Anwendung einer Rechtsphilosophie, die sich selbst als „Naturrecht“ bezeichnet; sowie als Diskussion um eine individualistische Rechts- und Staatsauffassung, die ausdrücklich als Ergebnis des (jüngeren, liberalen) Naturrechts angesehen wird.

<sup>88</sup> *Schmoller*, Eröffnungsrede 9. Da die Staatstätigkeit durch den Erziehungsgedanken im Interesse des Gemeinwohls stark ausgedehnt wird, entsteht eine größere Nähe zum (älteren) Naturrecht (dazu *Klippel*, Interventionsstaat) als die Ökonomen wahrhaben wollen. Nicht zufällig ordnet etwa *Fritz Berolzheimer* A. Wagner und Chr. Wolff derselben Staatszwecktheorie, nämlich der Volkswohltheorie, zu (System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 3 Philosophie des Staates samt den Grundzügen der Politik [München 1906] 73).

# Register

Bearbeitet von Jens Eisfeld

## Personenregister

*Nicht berücksichtigt werden die Seiten VII–X.*

- Achenwall, Gottfried 153  
Addington, Henry, 1st Viscount Sidmouth 55f.  
Aegidius Romanus 8  
Ahrens, Heinrich 215f., 218  
Almici, Giovanni Battista 80  
Amidei, Cosimo 176, 186  
Anne (Königin von England) 40, 42, 56  
Archenholtz, Johann Wilhelm 117  
Aretin, Christoph von 203  
Aristoteles 1, 4, 8f., 14ff.  
Ascher, Saul 199  
Augustinus 1, 17
- Bakunin, Michail 194  
Barlow, Richard Burgess 50  
Bathurst, Henry 52  
Bauer, Bruno 207  
Beccaria, Cesare 175, 177f., 181f., 186f., 189f., 192  
Beck, Christian August von 151  
Becker, Nikolaus 207  
Behr, Wilhelm Joseph 201f.  
Bentham, Jeremy 37  
Berbisdorf, Caspar Siegemund von 89f.  
Berengo, Marino 172  
Berolzheimer, Fritz 214  
Bertelli, Sergio 172  
Biesinger, Joseph Constantin 165  
Bitzer, Friedrich von 167  
Blackstone, William 50ff., 55ff.  
Bluntschli, Johann Kaspar 199, 210, 213  
Bobbio, Norberto 173  
Bodin, Jean 24  
Böhmer, Justus Henning 20, 22, 25f., 28f.  
Bornhak, Conrad 210  
Boturini, Lorenzo 73  
Bourguignon, Johann Franz von 146  
Braubach, Max 134
- Bülau, Friedrich von 167  
Burke, Edmund 49, 57  
Burlamaqui, Jean Jaques 52, 68  
Buseck, Franz von 142
- Carli, Gian Rinaldo 187  
Cattaneo, Carlo 193  
Chapais de Marivaux, Charles Bernard 93  
Cicero 1  
Clark, Jonathan Charles Douglas 36, 54, 58  
Cocceji, Heinrich 29, 125  
Coing, Helmut 144  
Concina, Daniele 80, 83  
Conighan, Olimpe-Philippe de 93f.  
Conrad, Hermann 29  
Conring, Hermann 30
- Dahlmann, Friedrich Christoph 202, 207  
Dalberg, Karl Theodor von 108  
Darjes, Joachim Georg 111  
d'Azeglio, Massimo 195  
Desing, Anselm Abt von Ens Dorf 80, 83  
Diaz, Furio 173  
Dickinson, Harry Thomas 45  
Doddridge, Philip 45  
Dölemeyer, Barbara 119, 132  
Dorn, Amandus Christian 26  
Dresch, Georg Leonhard von 203
- Edwin, Sir Humphrey 39  
Egger, Franz von 147ff., 161, 167  
Eldon (Lord) s. Scott, Sir John, 1st Earl of Eldon  
Erthal, Franz Ludwig von 141f., 144  
Evans, Allen 51f., 57
- Fassò, Guido 171f.  
Feijoo, Benito Gerónimo 62  
Felsmaier, Johann Georg 115

- Feuerbach, Paul Johann Anselm 134  
 Filangieri, Gaetano 175, 178 ff.  
 Finestres, José 66, 68, 86  
 Finetti, Giovanni Francesco 80, 83  
 Fox, Charles James 56  
 Fox, Henry Richard Vassall, 3rd Baron  
   Holland 56  
 Fraenkel, Ernst 206  
 Frank, Peter Anton 113  
 Frantz, Konstantin 213  
 Franz II. (Kaiser) 158, 160, 163, 170  
 Friedrich, George 89  
 Friedrich II. (Preußen) 152  
 Friedrich II. (Württemberg) 124 ff.  
 Friedrich Christian (Sachsen) 132  
 Fritsch, Thomas von 132  
 Fröbel, Julius 206  
 Froidevo, Joseph Hyazint Edler von 148  
 Furneaux, Philip 52 ff., 57
- Gagnér, Sten 33  
 Galiani, Ferdinando 187  
 Gans, Eduard 201  
 Garve, Christian 200  
 Genovesi, Antonio 187 f.  
 Gensel, Walter Julius 220  
 Gentz, Friedrich 200 f., 206  
 George I. (England) 44  
 George II. (England) 44 f., 47  
 George III. (England) 47  
 Gerber, Carl Friedrich von 198, 210  
 Gianni, Francesco Maria 185  
 Glafey, Adam Friedrich 27  
 Gleim, Johann Wilhelm Ludwig 152, 156  
 Gorani, Giuseppe 176, 179, 184  
 Gravina, Giovanni Vincenzo 80, 83  
 Grimm, Wilhelm 207  
 Grotius, Hugo 25, 59, 65, 68, 71, 74, 78, 82,  
   85, 176  
 Gumpłowicz, Ludwig 211 f.  
 Gundling, Nikolaus Hieronymus 107  
 Gunn, John Alexander Wilson 39  
 Gustermann, Anton Wilhelm 153, 167 f.  
 Gutschmid(t), Christian Gotthelf 132
- Häberlin, Carl Friedrich 113  
 Haller, Karl Ludwig von 167, 205  
 Harcourt, Sir Simon 41  
 Harscher von Allmendingen, Ludwig 201  
 Hartberg, Ludwig August 152  
 Hatzfeld, Karl Friedrich 160  
 Heffner, Philipp Franz 119
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 5, 169,  
   201, 205  
 Heineccius, Johann Gottlieb 67, 69, 81, 85,  
   176  
 Hempton, David 56  
 Hobbes, Thomas 19 ff., 24 ff., 30, 33, 68,  
   138  
 Höpfner, Ludwig Julius Friedrich 31, 134  
 Holland (Lord) s. Fox, Henry Richard Vas-  
   sall, 3rd Baron Holland  
 Horn, Caspar Heinrich 24  
 Hornthal, Franz Xaver 202  
 Horten, Johann Bernhard 148 f., 155  
 Hufeland, Gottlieb 31  
 Hugo, Gustav 103
- Isidor von Sevilla 1
- Jarcke, Carl Ernst 167, 206  
 Jellinek, Georg 210 ff., 216  
 John (England) 37  
 Jordan, Sylvester 202  
 Joseph II. (Kaiser) 121, 150 ff., 159, 163,  
   180, 182, 185  
 Jovellanos, Gaspar Melchor de 86
- Kant, Immanuel 117, 196, 215  
 Karl (Erzherzog; Österreich) 163  
 Karl III. (Spanien) 65, 86  
 Karl IV. (Spanien) 65  
 Karl Eugen (Württemberg) 123, 129  
 Karl Friedrich (Baden) 121 f.  
 Karl Theodor (Pfalz-Bayern) 114  
 Kees, Christian Friedrich 148 f.  
 King, Sir Peter 41  
 Klippel, Diethelm 31, 172, 183, 193  
 Klüber, Johann Ludwig 201  
 Kopetz, Wenzel Gustav 161 f.  
 Krause, Karl Christian 215  
 Krauß-Elislago, Anton von 167  
 Kreitmayer, Wiguläus Xaver Aloys von  
   119, 135 ff.  
 Krug, Wilhelm Traugott 202
- Laband, Paul 210  
 Lauterbach, Johann 28  
 Lechmere, Nicholas 41  
 Leopold I. (Kaiser) 182  
 Leopold II. (Kaiser) 150, 159 f., 162  
 Lincoln, Anthony 53  
 Linguet, Simon Nicolas Henri 190  
 Link, Christoph 125  
 Lobban, Michael 50

- Locke, John 36, 39, 52 ff., 57, 68, 176, 203  
 Loening, Edgar 211  
 Lorenzetti, Ambrogio 16  
 Ludwig (Nassau-Saarbrücken) 134  
 Ludwig XIV. (Frankreich) 91, 99  
 Ludwig XV. (Frankreich) 99  
 Ludwig XVI. (Frankreich) 99  
 Ludwig Eugen (Württemberg) 124  
 Luhmann, Niklas 117  
 Luig, Klaus 176
- Mably, Gabriel Bonnot de 190  
 Macaulay, Thomas Babington 37 f., 57  
 März, Wolfgang 29  
 Mansfield (Lord) s. Murray, William,  
 1st Earl of Mansfield  
 Maria Theresia (Österreich) 159  
 Marivaux s. Chapais de Marivaux, Charles  
 Bernard  
 Marsilius von Padua 13, 16  
 Martini, Karl Anton 146 ff., 153, 155 ff.,  
 167, 184  
 Marx, Karl 194, 207  
 Max III. Joseph (Bayern) 135, 138  
 Mayans, Gregorio 62 f., 66 ff., 82, 86  
 Mazzacane, Aldo 171  
 Mazzini, Giuseppe 194  
 Mendoza, Joaquín Marín y 62 f., 81 ff., 86  
 Metternich, Klemens Wenzel Lothar, Fürst  
 von 202, 204  
 Möser, Justus 120  
 Mohl, Robert von 203, 206, 210, 213  
 Montagu, Sir James 40  
 Montesquieu, Charles-Louis de Secondat,  
 Baron de la Brède et de 68, 101, 176, 178,  
 180, 189, 196  
 Montmergné, Elizabeth-Charlotte 93 f.,  
 101  
 Moser, Friedrich Carl von 132  
 Moser, Johann Jakob 107  
 Mozart, Wolfgang Amadeus 152, 156  
 Müller, Adam 167  
 Muratori, Lodovico Antonio 191  
 Murhard, Friedrich 202, 205  
 Murray, William, 1st Earl of Mansfield  
 52 ff., 57 f.
- Napoleon 182  
 Nebot 68  
 Nettelblatt, Daniel 103, 110, 112  
 Nipperdey, Thomas 179  
 North, Frederick, 2nd Earl of Guilford 48
- Ockham, Wilhelm von 16  
 Olavide, Pablo Antonio José 86  
 Orlando, Vittorio Emanuele 198
- Paoli, Pasquale 184  
 Paroletti, Luigi 192  
 Paulus 73, 75  
 Payen, Philippe 98  
 Pérez Valiente, Pedro José 83  
 Pfizer, Paul 202  
 Pflaum, Matthäus 142 ff.  
 Philippovich, Eugen von 213  
 Pietro Leopoldo (Toskana) 184, 188  
 Pilati, Carlantonio 176, 186  
 Piquer, Gregorio Joaquín 62  
 Pistor, Daniel Ludwig 206  
 Pitt, William 48 f., 55  
 Pius IX. 195  
 Pocock, John 104, 175  
 Pölitz, Heinrich August 202, 204  
 Pölitz, Karl Heinrich Ludwig 203  
 Price, Richard 54, 56, 58  
 Priestley, Joseph 36, 52 ff., 56, 58  
 Prina, Giuseppe 191  
 Prince-Smith, John 220  
 Pütter, Johann Stephan 107, 113  
 Pufendorf, Friedrich Jesaias 133  
 Pufendorf, Samuel 19 ff., 25 ff., 30 f., 33, 52,  
 60, 65, 68, 71, 75, 78, 80, 85, 109 ff., 176 f.,  
 196
- Quazza, Guido 172  
 Quistorp, Johann Christoph 142
- Rehm, Hermann 210  
 Reischach 125  
 Reyscher, August Ludwig 119  
 Ricuperati, Giuseppe 172  
 Riegger, Paul Joseph 146, 148  
 Röder, Carl David August 167, 215  
 Römer, Friedrich 202  
 Romagnosi, Gian Domenico 195 ff.  
 Rommen, Heinrich 36  
 Rosmini, Antonio 194  
 Rotteck, Karl von 167, 202 ff.  
 Rousseau, Jean-Jacques 92, 176, 184, 190,  
 196, 204 ff., 215  
 Rudloff, Wilhelm August 134  
 Ruffo, Luigi 191  
 Russell, Lord John 35 f., 56
- Sacheverell, Henry 40 f., 46, 50  
 Sachse, Carl Robert 167

- Sagstetter, Alfred 119, 142  
 Salzer 131  
 Sayn-Wittgenstein-Hohenstein, Wilhelm  
   Ludwig Georg, Fürst von 202  
 Schäßfle, Albert Eberhard Friedrich von  
   213  
 Schaffrath, Wilhelm Michael 119, 130  
 Schilter, Johann 28  
 Schlegel, Friedrich 167  
 Schlözer, August Ludwig 113  
 Schlosser, Johann Georg 131 f.  
 Schmalz, Theodor von 167  
 Schmidt, Richard 210  
 Schmier, Franz 145  
 Schmitthenner, Friedrich 167  
 Schmoller, Gustav 222  
 Schnaubert, Andreas Joseph 113  
 Schunck, Friedrich Ch. Karl 203  
 Schwarz, Ignatz 80, 83  
 Scott, Sir John, 1st Earl of Eldon 57  
 Selden, John 68, 71  
 Sheafe 51 f.  
 Sidmouth (Lord) s. Addington, Henry, 1st  
   Viscount Sidmouth  
 Siebenpfeiffer, Philipp Jakob 206  
 Smith, Adam 37, 187  
 Sonnenfels, Joseph von 147 ff., 154 f.,  
   159 ff., 170  
 Spinoza, Baruch 86  
 Springer, Johann 168  
 Stanhope, James, 1st Earl of 41 ff., 48  
 Stapf, Johann Siegmund 145  
 Stolleis, Michael 103, 167  
 Stanley, Hans 48  
 Streatfield 51 f.  
 Strube, David Georg 110  
 Struve, Georg Adam 27 f., 206  
 Stryk, Samuel 29  
 Suarez, Francisco 32  
 Svarez, Carl Gottlieb 203  
 Swieten, Gottfried van 147  
  
 Taparelli d'Azeglio, Luigi 195  
 Tarello, Giovanni 172, 182  
 Thibaut, Anton Friedrich Justus 194  
  
 Thomann, Marcel 149  
 Thomas von Aquin 1 ff., 17  
 Thomasius, Christian 20 ff., 26, 28 ff., 32 f.,  
   65, 74, 110  
 Tiller, Franz Aloys 146, 156  
 Titius, Gottlob Gerhard 27 f.  
 Tomline, Pretyman 55  
 Torres y Flórez, José de 62 f., 84 ff.  
 Trevelyan, George Macaulay 42  
 Turgot, Anne Robert Jacques, Baron de  
   l'Aulne 91, 185  
  
 Ugarte, Alois Graf von 161  
  
 Vasco, Francesco Dalmazzo 176 f., 179, 184  
 Venturi, Franco 172, 187, 198  
 Verney, Luis Antonio 70  
 Verri, Pietro 176 f., 179, 181 f., 187, 189  
 Vico, Giovanni Battista 73  
 Victoria (Königin von England) 37  
 Villani, Pasquale 173  
 Voltaire 35, 91, 176  
 Voltolini, Hans von 149  
  
 Wagner, Adolph 209, 211 ff.  
 Walpole, Sir Robert, 1st Earl of Orford 45,  
   47  
 Warburton, William 46 ff., 53, 55, 57  
 Ward, William Reginald 55, 58  
 Weitling, Wilhelm 206  
 Welcker, Karl Theodor 167, 202, 204, 206  
 Wesener, Gunter 140  
 Wieacker, Franz 19  
 Willoweit, Dietmar 33  
 Wirth, Johann Georg August 206  
 Wolff, Christian 26, 31 f., 82, 103, 109, 149,  
   176, 196, 203, 213, 215  
 Wright, John 56  
 Wright, Richard 56  
  
 Zachariä, Karl Salomo 201, 206  
 Zasius, Ulrich 33  
 Zeiller, Franz von 147 ff., 154, 166  
 Ziegler, Caspar 24

## Sachregister

*Angesichts des Themas des Kolloquiums werden die Stichwörter „Staat“ und „Naturrecht“ nicht berücksichtigt.*

- ABGB 31, 131, 146, 149ff., 154, 156ff., 163, 165f., 192  
Absolutismus 134, 142  
– aufgeklärter 120, 131, 181  
Abzugsgeld 89f.  
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch s. ABGB  
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten 24, 31f., 131, 150  
Allgemeines Staatsrecht s. Gemeinwohl; Gesellschaft(en); Gesetzgebungstheorie; Gesetzgebungswissenschaft; Grundrechte; Staatstheorie; Staatsvertrag; Staatszweck; Volkssouveränität  
Altdorf 60  
Anerbenrecht 120  
Antike 7ff., 15  
Aristokratie 9  
Aristotelismus 87  
Aufklärung 18, 35, 52, 62ff., 129, 172ff., 177ff.  
– s.a. Absolutismus, aufgeklärter; Eudämonismus; Josephinismus  
Baden 119, 121f., 131f.  
Bamberg 119, 141ff.  
Bayern 113f., 119, 134ff.  
– s.a. Codex Maximilianeus Bavaricus civilis  
Begnadigungsrecht 127, 144  
Belgien 150  
Birmingham 44  
Bischofswahl 15  
Burgund 92ff.  
Cambridge-School VIII  
Code civil 163, 191  
Code Napoléon s. Code civil  
Codex Maximilianeus Bavaricus civilis 135ff.  
Codex Thesianus 148, 155  
Coimbra 60  
Conventicle Act 55  
Corporation Act 36, 38, 44, 51, 54, 56  
Corpus Juris Civilis 1  
Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen 101f.  
Dei-Gratia-Formel 16  
Demokratie 9, 120, 184, 206  
Despotie, Despotismus 91, 93, 132  
Deutscher Bund 205  
Deutsches Reich 17, 103  
– s.a. Reichspublizistik; Reichsrecht; Staatsrecht  
Diebstahl 30  
Dijon 92ff., 98ff.  
Dillingen 60  
Dispens 126f.  
Dissenters 36ff., 43ff.  
Dorfgemeinschaft 7f.  
Ehebruch 30f., 123, 143  
Eheprozesse 97, 101f.  
Eherecht 124ff., 133, 156f., 166, 169  
Eheschließung 17  
Eheverbote 125ff.  
Ehre 143  
Eigentum 2, 100, 143, 166, 169, 178, 181  
England 35ff., 181, 206  
Entkonfessionalisierung 19  
Erbrecht 155f., 158  
Erbrechtsprozesse 97  
Ethik 2f., 10, 19f., 74, 82, 193ff.  
– Nikomachische 4  
Eudämonismus 83  
Familie 7, 87, 93f., 156f.  
Feudalismus 17, 180, 207  
– s.a. Lehenssystem  
Fischereirecht 33  
Five Mile Act 55  
Flächenstaat 18, 201  
Folter 130, 144  
Franche-Comté 92  
Frankreich 90ff., 114, 163f., 169, 191f., 200f., 206  
– s.a. Code civil  
Französische Revolution 90, 92, 101, 129, 162f., 169, 185, 190, 200f.  
– s.a. Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen  
Freiburg im Breisgau 60, 145

- Freihandel 193  
 Frieden 5f.  
  
 Geldtheorie 187  
 Gemeinwohl 6, 9f., 21, 31f., 46f., 132f.,  
 136, 138, 143f., 149, 188, 215  
 Genf 60  
 Gerechtigkeit 2, 6, 10, 74, 83, 85, 137  
 Gerichtsprozesse  
 – Eheprozesse 97, 101f.  
 – Erbrechtsprozesse 97  
 – naturrechtliche Argumentation IX, 93 ff.  
 – s.a. Prozeßrecht; Rechtsprechung  
 Gesellschaft(en) 5  
 – bürgerliche 120  
 – ständisch strukturierte 100, 120, 140  
 – Theorie der 102, 136, 151, 182, 186 ff.  
 Gesellschaftsvertrag s. Staatsvertrag  
 Gesetz, Gesetze  
 – Bindung des Herrschers 14, 18  
 Gesetzbücher 80, 134 ff., 141 ff., 148 ff.,  
 154, 165 f.  
 Gesetzgebung  
 – Act of Parliament 35 ff., 43 ff.  
 – des Deutschen Reiches 29  
 – und Naturrecht 119 ff., 154 ff., 166, 175  
 – und Steuerrecht 99  
 – der (deutschen) Territorien 29 f., 119 ff.,  
 123 ff., 131 ff., 154 ff., 165, 169  
 – s.a. Rechtsvereinheitlichung  
 Gesetzgebungskompetenz  
 – des französischen Königs 99  
 – des Landesherrn 5, 10, 20 ff., 27 ff., 137  
 – als Rechtserzeugungsmonopol 20 ff.,  
 30 ff.  
 – der Städte 23 f.  
 – der Stände 23 ff., 27  
 Gesetzgebungstheorie X, 18, 20 ff., 30 ff.,  
 37 f., 132, 137, 143 f., 151 f., 155, 158 ff.,  
 181 ff.  
 Gesetzgebungswissenschaft 183  
 Gesetzkommision 24  
 Gewaltenteilung, -trennung 101, 160, 184,  
 196  
 Gewerbefreiheit 188, 207  
 Gewissensfreiheit 36  
 Gewohnheitsrecht 20, 26 ff.  
 Glaubenspaltung 19  
 Gleichheit, Gleichheitsgrundsatz 89, 120,  
 138 f., 150 ff., 158, 163, 180, 189 f.  
 Glorious Revolution 35, 39, 41, 50  
 Glossatoren 1  
 Göttingen 60, 147  
 Göttinger Sieben 207  
 Gotteslästerung 133, 143  
 Graz 146  
 Grundrechte 10, 31, 35 ff., 43 ff., 94 ff., 101,  
 120, 123, 140, 158, 160, 163, 178, 180, 183,  
 196, 205 ff.  
 – s.a. Déclaration des droits de l'Homme et  
 du Citoyen; Gewerbefreiheit; Gewis-  
 sensfreiheit; Persönliche Freiheit; Per-  
 sönlichkeitsrecht; Pressefreiheit; Religi-  
 onsfreiheit; Wahlrecht; Widerstandsrecht  
  
 Halle 60  
 Hannover 114, 119, 133, 205  
 Heidelberg 60  
 Herrschaftsvertrag s. Staatsvertrag  
 Hessen-Darmstadt 119, 132  
 Hessen-Kassel 119, 205  
 Hexerei 143  
 Historische Rechtsschule 131, 168, 192  
 Historismus 207  
 Humanismus 82  
  
 Ideengeschichte VIII  
 Individualismus 83  
 Innsbruck 60, 146  
 Inquisition 80, 177  
 Investiturstreit 15, 17  
 Italien 14, 171 ff.  
 ius divinum 3, 7  
 ius gentium 3  
  
 Jagdrecht 33  
 Jansenisten 81  
 Josephinismus 169  
 Juden 123, 126  
 Julirevolution 205  
 Juristenausbildung 105, 108  
 Kaisertum 17  
 Kameralistik 86  
 Kanonisches Recht 1, 155 f.  
 Kassel 131  
 Ketzerei 143  
 Kirche 11 ff., 15 ff., 35 ff., 43 ff., 169, 175,  
 177, 179, 186 ff.  
 – s.a. Papsttum; Säkularisierung  
 Kirchenrecht s. Kanonisches Recht  
 Kirchenstaat 174, 177, 187  
 Kirchenväter 1, 80, 82, 85  
 Klerus 63  
 Köln 134  
 Kommentatoren 1  
 Konservatismus 167, 200 ff.

- Konstitutionalismus 35, 183 ff., 195 ff.,  
 202 ff.  
 Kontraktualismus s. Staatsvertrag  
 Konzil von Trient 17  
 Korsika 184  
 Krausismo 88  
 Kronprinzenvorträge 151  
 Kurhessen s. Hessen-Kassel  
  
 Lausanne 60  
 Lehenssystem 18  
 – s.a. Feudalismus  
 Leibeigenschaft 92, 119, 121 ff.  
 Liberalismus 122, 127, 129, 132, 167, 201,  
 204 ff.  
 Lombardei 175, 180  
 London 45, 51  
  
 Madrid 60, 63  
 Magna Charta 41  
 Mailand 174, 181 ff., 189, 191  
 Manchester 44  
 Mecklenburg 132  
 Mecklenburg-Schwerin 119  
 Menschenrechte s. Grundrechte  
 Mittelalter X, 1 f., 18, 23, 76  
 Modena 174  
 Monarchie 9, 91 ff.  
 Monarchomachen 9  
 Moral(ität) 2, 4, 129, 181, 202  
 Moraltheologie 19  
 mos gallicus 80  
 Münster 120  
  
 Nassau-Saarbrücken 134  
 Nationalökonomie s. Ökonomie, Ökono-  
 mik  
 Neapel 174 f., 180 f., 186, 189, 191 f.  
 Neue Ideengeschichte VIII  
 Nominalismus 2, 13, 15  
 Northampton 45  
  
 Occasional Conformity Bill 42, 45  
 Öffentliches Recht 159 ff.  
 – s.a. Polizeirecht; Reichspublizistik;  
 Staatsrecht; Verwaltungsrecht  
 Ökonomie, Ökonomik 74, 187 ff., 209 ff.  
 – s.a. Kameralistik; Physiokraten, Physio-  
 kratie  
 Österreich 121 f., 131, 145 ff.  
 – s.a. ABGB; Codex Thesianus  
 Oligarchie 9  
 Osnabrück 120 ff.  
  
 Pandektistik 193  
 Papsttum 12, 14 f., 17, 175  
 Paris 98 f., 101  
 Parma 175, 186  
 Patrimonialgerichtsbarkeit 152  
 Paulskirche 208  
 Persönliche Freiheit 10, 71, 89 f., 96, 122 f.,  
 138, 143 f., 156, 158, 163, 178, 180 ff., 196  
 Persönlichkeitsrecht 11  
 Physiokraten, Physiokratie 91, 121 f., 179  
 Piemont 174, 177, 192  
 Polis-Lehre 15 ff.  
 Politik 9  
 Politik 61, 66, 74, 86 f., 102, 199 ff.  
 Polizeirecht 133, 158 f., 162  
 Portugal 14  
 Positivismus s. Rechtspositivismus  
 Prag 60, 146  
 Pressefreiheit 129  
 Preußen 131  
 Privilegien  
 – des Adels 150, 152, 180, 189  
 – des Klerus 15, 189  
 – des Landesherrn 183  
 – ständische 114, 124, 139  
 privilegium de non appellando et de non  
 evocando 133  
 Prostitution 32  
 Prozeßrecht 130, 144, 154  
  
 Rationalismus 15, 82 f.  
 Rechtspositivismus 20, 33 f., 172, 198  
 Rechtsprechung  
 – Verstaatlichung 134  
 – s.a. Gerichtsprozesse; Prozeßrecht  
 Rechtssicherheit 132 ff., 156  
 Rechtsstaat 99, 101  
 Rechtsvereinheitlichung 132 f.  
 Reformation 16  
 Regalien 136 f.  
 Régence 91  
 Regensburg 108  
 Regierungsformen s. Staats- und Regie-  
 rungsformen  
 Regium Donum 44  
 Reichspublizistik 107, 120  
 Reichsrecht 29 ff.  
 Religionsfreiheit 35 ff., 43 ff.  
 Religionskriege 90  
 Restauration 205  
 Revolution 116 f., 205  
 – s.a. Französische Revolution  
 Revolutionskriege 114

- Risorgimento 173, 198  
 Römisches Recht 1 ff., 15, 29 f., 72, 76, 78,  
     82, 84 f., 132 f., 140 f., 146, 154 ff., 179,  
     182, 193  
 Romantik 201  
  
 Sachsen 89 ff., 114, 119, 130 ff., 205  
 Säkularisierung 16  
 Salamanca, Schule von 65, 76  
 Salzburg 120, 145 f.  
 Schism Bill 42, 45  
 Scholastik 62 f., 74, 79, 82  
   – Staatsphilosophie 1 ff., 13 ff.  
 Schottland 174  
 Schweden 174  
 Siebenjähriger Krieg 188  
 Sittlichkeit 5, 10  
 Sklaverei 2, 7  
 Souveränität s. Volkssouveränität  
 Soziale Frage 193 ff., 219 ff.  
 Sozialgeschichte 17  
 Sozialismus 194, 216 f.  
 Sozialvertrag s. Staatsvertrag  
 Spätmittelalter 18  
 Spanien 14, 59 ff.  
   – Erbfolgekrieg 41, 64  
 Spiel 123  
 Staats- und Regierungsformen 8 f., 18,  
     109 f., 112, 152 ff.  
 Staatsgewalt 10 f.  
 Staatskirchentum 16  
 Staatsrecht 101  
   – des Reichs 107, 110, 210  
   – der deutschen Territorien 110, 113,  
     135 f., 140, 152 ff.  
 Staatstheorie 1, 4, 6 ff., 11 ff., 20, 26, 30, 93,  
     102, 135 ff., 152 ff., 167 ff., 178 ff., 195 ff.,  
     202 ff., 209 ff.  
 Staatsvertrag IX, 8, 10, 18, 78, 83, 87,  
     109 ff., 117, 120, 139, 142, 149, 153 f., 175,  
     177 ff., 186, 190, 194, 196, 203 f., 214  
 Staatszweck IX, 5 ff., 18, 22, 139, 149, 212 ff.  
 Stände IX, 179, 204 f.  
   – Landstände 99 ff., 103 ff., 113 ff., 119 ff.,  
     137 f., 149 f., 152 ff., 179  
 Statutenrecht 20, 23 ff.  
 Staufer 15  
 Strafrecht 102, 133 f., 135 ff., 141 ff., 147,  
     151, 154, 182, 186  
 Strafzwecke 144  
  
 Test Act 36, 38, 43 ff., 51, 54, 56  
 Thomismus 1 ff., 13 ff.  
  
 Todesstrafe 32 f., 130, 136, 142, 144, 178,  
     196  
 Toleration Act 35 ff., 43 ff.  
 Toskana 174, 180, 184 f., 189  
 Totschlag 30  
 Tübingen 60  
 Tübinger Vertrag 124, 129  
 Tugend(lehre) 5 f., 16  
 Turin 189  
 Tyrannenmord 9  
 Tyrannis 7 ff.  
  
 Ungarn 150  
 Unitarianismus 55 f.  
 Unterwerfungsvertrag s. Staatsvertrag  
 Utilitarismus 82, 85, 189  
  
 Valencia 81  
 Valladolid 63, 84  
 Venedig 174 f., 186  
 Verfassung 8 f., 117  
   – landständische 103 ff., 109 ff., 117, 123 f.  
   – des (Alten Deutschen) Reichs 102, 108  
   – der (deutschen) Territorien 108, 113 ff.,  
     121, 129, 135 ff., 158 ff., 168  
   – der USA 185  
   – s.a. Konstitutionalismus  
 Verfassungsrecht s. Staatsrecht  
 Verein für Sozialpolitik 220 ff.  
 Verwaltungsrecht 151, 162, 197  
 Völkerrecht 3, 87, 97  
 Volkssouveränität 18, 101, 196  
 volonté générale 184  
 Voluntarismus 3, 13 f., 82 f., 107,  
     205  
  
 Wahlrecht 9, 184  
 Wetzlar 108  
 Widerstandsrecht 9, 207  
 Wien 60, 108, 146, 148, 167  
 Wiener Kongreß 164  
 Wohlfahrtsausschuß 90  
 Württemberg 114, 123 ff.  
 Würzburg 119, 122 f.  
 Zauberei 143  
 Zensur 129, 175, 177, 193  
 Zivilrecht 87, 101 f., 139, 151, 154, 156 ff.,  
     161 f., 169  
   – s.a. ABGB; Code civil; Codex Maximilia-  
     neus Bavaricus civilis; Codex Theresia-  
     nus; Pandektistik

### Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 1 *Heinrich Lutz* (Hrsg.): Das römisch-deutsche Reich im politischen System Karls V., 1982, XII, 288 S. ISBN 3-486-51371-0 *vergriffen*
- 2 *Otto Pflanze* (Hrsg.): Innenpolitische Probleme des Bismarck-Reiches, 1983, XII, 304 S. ISBN 3-486-51481-4 *vergriffen*
- 3 *Hans Conrad Peyer* (Hrsg.): Gastfreundschaft, Taverne und Gasthaus im Mittelalter, 1983, XIV, 275 S. ISBN 3-486-51661-2 *vergriffen*
- 4 *Eberhard Weis* (Hrsg.): Reformen im rheinbündischen Deutschland, 1984, XVI, 310 S. ISBN 3-486-51671-X
- 5 *Heinz Angermeier* (Hrsg.): Säkulare Aspekte der Reformationszeit, 1983, XII, 278 S. ISBN 3-486-51841-0
- 6 *Gerald D. Feldman* (Hrsg.): Die Nachwirkungen der Inflation auf die deutsche Geschichte 1924–1933, 1985, XII, 407 S. ISBN 3-486-52221-3 *vergriffen*
- 7 *Jürgen Kocka* (Hrsg.): Arbeiter und Bürger im 19. Jahrhundert. Varianten ihres Verhältnisses im europäischen Vergleich, 1986, XVI, 342 S. ISBN 3-486-52871-8 *vergriffen*
- 8 *Konrad Repgen* (Hrsg.): Krieg und Politik 1618–1648. Europäische Probleme und Perspektiven, 1988, XII, 454 S. ISBN 3-486-53761-X *vergriffen*
- 9 *Antoni Mączak* (Hrsg.): Klientelsysteme im Europa der Frühen Neuzeit, 1988, X, 386 S. ISBN 3-486-54021-1
- 10 *Eberhard Kolb* (Hrsg.): Europa vor dem Krieg von 1870. Mächtekonstellation – Konfliktfelder – Kriegsausbruch, 1987, XII, 216 S. ISBN 3-486-54121-8
- 11 *Helmut Georg Koenigsberger* (Hrsg.): Republiken und Republikanismus im Europa der Frühen Neuzeit, 1988, XII, 323 S. ISBN 3-486-54341-5
- 12 *Winfried Schulze* (Hrsg.): Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität, 1988, X, 416 S. ISBN 3-486-54351-2
- 13 *Johanne Autenrieth* (Hrsg.): Renaissance- und Humanistenhandschriften, 1988, XII, 214 S. mit Abbildungen ISBN 3-486-54511-6
- 14 *Ernst Schulin* (Hrsg.): Deutsche Geschichtswissenschaft nach dem Zweiten Weltkrieg (1945–1965), 1989, XI, 303 S. ISBN 3-486-54831-X
- 15 *Wilfried Barner* (Hrsg.): Tradition, Norm, Innovation. Soziales und literarisches Traditionsverhalten in der Frühzeit der deutschen Aufklärung, 1989, XXV, 370 S. ISBN 3-486-54771-2
- 16 *Hartmut Boockmann* (Hrsg.): Die Anfänge der ständischen Vertretungen in Preußen und seinen Nachbarländern, 1992, X, 264 S. ISBN 3-486-55840-4
- 17 *John C. G. Röhl* (Hrsg.): Der Ort Kaiser Wilhelms II. in der deutschen Geschichte, 1991, XIII, 366 S. ISBN 3-486-55841-2 *vergriffen*

### Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 18 *Gerhard A. Ritter* (Hrsg.): Der Aufstieg der deutschen Arbeiterbewegung. Sozialdemokratie und Freie Gewerkschaften im Parteiensystem und Sozialmilieu des Kaiserreichs, 1990, XXI, 461 S. ISBN 3-486-55641-X
- 19 *Roger Dufraisse* (Hrsg.): Revolution und Gegenrevolution 1789–1830. Zur geistigen Auseinandersetzung in Frankreich und Deutschland, 1991, XX, 274 S. ISBN 3-486-55844-7
- 20 *Klaus Schreiner* (Hrsg.): Laienfrömmigkeit im späten Mittelalter. Formen, Funktionen, politisch-soziale Zusammenhänge, 1992, XII, 411 S. ISBN 3-486-55902-8
- 21 *Jürgen Miethke* (Hrsg.): Das Publikum politischer Theorie im 14. Jahrhundert, 1992, IX, 301 S. ISBN 3-486-55898-6
- 22 *Dieter Simon* (Hrsg.): Eherecht und Familiengut in Antike und Mittelalter, 1992, IX, 168 S. ISBN 3-486-55885-4
- 23 *Volker Press* (Hrsg.): Alternativen zur Reichsverfassung in der Frühen Neuzeit? 1995, X, 254 S. ISBN 3-486-56035-2
- 24 *Kurt Raaflaub* (Hrsg.): Anfänge politischen Denkens in der Antike. Die nahöstlichen Kulturen und die Griechen, 1993, XXIV, 461 S. ISBN 3-486-55993-1
- 25 *Shulamit Volkov* (Hrsg.): Deutsche Juden und die Moderne, 1994, XXIV, 170 S. ISBN 3-486-56029-8 vergriffen
- 26 *Heinrich A. Winkler* (Hrsg.): Die deutsche Staatskrise 1930–1933. Handlungsspielräume und Alternativen, 1992, XIII, 296 S. ISBN 3-486-55943-5 vergriffen
- 27 *Johannes Fried* (Hrsg.): Dialektik und Rhetorik im früheren und hohen Mittelalter. Rezeption, Überlieferung und gesellschaftliche Wirkung antiker Gelehrsamkeit vornehmlich im 9. und 12. Jahrhundert, 1997, XXI, 304 S. ISBN 3-486-56028-X
- 28 *Paolo Prodi* (Hrsg.): Glaube und Eid. Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit, 1993, XXX, 246 S. ISBN 3-486-55994-X
- 29 *Ludwig Schmugge* (Hrsg.): Illegitimität im Spätmittelalter. 1994, X, 314 S. ISBN 3-486-56069-7
- 30 *Bernhard Kölver* (Hrsg.): Recht, Staat und Verwaltung im klassischen Indien/ The State, the Law, and Administration in Classical India, 1997, XVIII, 257 S. ISBN 3-486-56193-6
- 31 *Elisabeth Fehrenbach* (Hrsg.): Adel und Bürgertum in Deutschland 1770–1848, 1994, XVI, 251 S. ISBN 3-486-56027-1
- 32 *Robert E. Lerner* (Hrsg.): Neue Richtungen in der hoch- und spätmittelalterlichen Biblexegese, 1996, XII, 191 S. ISBN 3-486-56083-2
- 33 *Klaus Hildebrand* (Hrsg.): Das Deutsche Reich im Urteil der Großen Mächte und europäischen Nachbarn (1871–1945), 1995, X, 232 S. ISBN 3-486-56084-0

### Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 34 *Wolfgang J. Mommsen* (Hrsg.): Kultur und Krieg. Die Rolle der Intellektuellen, Künstler und Schriftsteller im Ersten Weltkrieg, 1995, X, 282 S.  
ISBN 3-486-56085-9 vergriffen
- 35 *Peter Krüger* (Hrsg.): Das europäische Staatensystem im Wandel. Strukturelle Bedingungen und bewegende Kräfte seit der Frühen Neuzeit, 1996, XVI, 272 S.  
ISBN 3-486-56171-5
- 36 *Peter Blickle* (Hrsg.): Theorien kommunaler Ordnung in Europa, 1996, IX, 268 S.  
ISBN 3-486-56192-8
- 37 *Hans Eberhard Mayer* (Hrsg.): Die Kreuzfahrerstaaten als multikulturelle Gesellschaft. Einwanderer und Minderheiten im 12. und 13. Jahrhundert, 1997, XI, 187 S. ISBN 3-486-56257-6
- 38 *Manlio Bellomo* (Hrsg.): Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert, 1997, X, 248 S.  
ISBN 3-486-56258-4
- 39 *František Šmahel* (Hrsg.): Häresie und vorzeitige Reformation im Spätmittelalter, 1998, XV, 304 S. ISBN 3-486-56259-2
- 40 *Alfred Haverkamp* (Hrsg.): Information, Kommunikation und Selbstdarstellung in mittelalterlichen Gemeinden, 1998, XXII, 288 S. ISBN 3-486-56260-6
- 41 *Knut Schulz* (Hrsg.): Handwerk in Europa. Vom Spätmittelalter bis zur Frühen Neuzeit, 1999, XX, 313 S. ISBN 3-486-56395-5
- 42 *Werner Eck* (Hrsg.): Lokale Autonomie und römische Ordnungsmacht in den kaiserzeitlichen Provinzen vom 1. bis 3. Jahrhundert, 1999, X, 327 S.  
ISBN 3-486-56385-8
- 43 *Manfred Hildermeier* (Hrsg.): Stalinismus vor dem Zweiten Weltkrieg. Neue Wege der Forschung / Stalinism before the Second World War. New Avenues of Research, 1998, XVI, 345 S. ISBN 3-486-56350-5
- 44 *Aharon Oppenheimer* (Hrsg.): Jüdische Geschichte in hellenistisch-römischer Zeit. Wege der Forschung: Vom alten zum neuen Schürer, 1999, XII, 275 S.  
ISBN 3-486-56414-5
- 45 *Dietmar Willoweit* (Hrsg.): Die Begründung des Rechts als historisches Problem, 2000, VIII, 345 S. ISBN 3-486-56482-X
- 46 *Stephen A. Schuker* (Hrsg.): Deutschland und Frankreich. Vom Konflikt zur Aussöhnung. Die Gestaltung der westeuropäischen Sicherheit 1914–1963, 2000, XX, 280 S. ISBN 3-486-56496-X
- 47 *Wolfgang Reinhard* (Hrsg.): Verstaatlichung der Welt? Europäische Staatsmodelle und außereuropäische Machtprozesse, 1999, XVI, 375 S. ISBN 3-486-56416-1
- 48 *Gerhard Besier* (Hrsg.): Zwischen „nationaler Revolution“ und militärischer Aggression. Transformationen in Kirche und Gesellschaft während der konsolidierten NS-Gewaltherrschaft 1934–1939, 2001, XXVIII, 276 S.  
ISBN 3-486-56543-5

### Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 49 *David Cohen* (Hrsg.): Demokratie, Recht und soziale Kontrolle im klassischen Athen, 2002, VI, 205 S. ISBN 3-486-56662-8
- 50 *Thomas A. Brady* (Hrsg.): Die deutsche Reformation zwischen Spätmittelalter und Früher Neuzeit, 2001, XXI, 258 S., ISBN 3-486-56565-6
- 51 *Harold James* (Hrsg.): The Interwar Depression in an International Context, 2002, XVII, 192 S., ISBN 3-486-56610-5
- 52 *Christof Dipper* (Hrsg.): Deutschland und Italien, 1860–1960. Politische und kulturelle Aspekte im Vergleich (mit Beiträgen von F. Bauer, G. Corni, Chr. Dipper, L. Klinkhammer, B. Mantelli, M. Meriggi, L. Raphael, F. Rugge, W. Schieder, P. Schiera, H.-U. Thamer, R. Wörsdörfer) 2005, X, 284 S. ISBN 3-486-20015-1
- 53 *Frank-Rutger Hausmann* (Hrsg.): Die Rolle der Geisteswissenschaften im Dritten Reich 1933–1945, 2002, XXV, 373 S. ISBN 3-486-56639-3
- 54 *Frank Kolb* (Hrsg.): Chora und Polis (mit Beiträgen von J. Bintliff, M. Brunet, J. C. Carter, L. Foxhall, H.-J. Gehrke, U. Hailer, Ph. Howard, B. Iplikçiöglü, M. H. Jameson, F. Kolb, H. Lohmann, Th. Marksteiner, P. Ørsted, R. Osborne, A. Şanlı, S. Saprykin, Ch. Schuler, A. Thomsen, M. Wörrle) 2004, XVIII, 382 S. ISBN 3-486-56730-6
- 55 *Hans Günter Hockerts* (Hrsg.): Koordinaten deutscher Geschichte in der Epoche des Ost-West-Konflikts (mit Beiträgen von A. Doering-Manteuffel, E. François, K. Gabriel, H. G. Hockerts, S. Kott, Ch. S. Maier, H. Möller, J. Paulmann, D. Pollock, M. Sabrow, H.-P. Schwarz, H. Siegrist, M. Szöllösi-Janze, D. Willoweit, H. F. Zacher) 2004, XVIII, 339 S. ISBN 3-486-56768-3
- 56 *Wolfgang Hardtwig* (Hrsg.): Utopie und politische Herrschaft im Europa der Zwischenkriegszeit, 2003, IX, 356 S. ISBN 3-486-56642-3
- 57 *Diethelm Klippel* (Hrsg.): Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.–19. Jahrhundert) (mit Beiträgen von H. Brandt, W. Brauneder, W. Demel, Ch. Dipper, M. Fitzpatrick, S. Hofer, S. Rus Rufino, W. Schmale, J. Schröder, D. Schwab, B. Stollberg-Rilinger) 2006, XI, 231 S. ISBN 3-486-57905-3
- 58 *Jürgen Reulecke* (Hrsg.): Generationalität und Lebensgeschichte im 20. Jahrhundert, 2003, XV, 300 S. ISBN 3-486-56747-0
- 59 *Klaus Hildebrand* (Hrsg.): Zwischen Politik und Religion. Studien zur Entstehung, Existenz und Wirkung des Totalitarismus. Kolloquium der Mitglieder des Historischen Kollegs, 23. November 2001, 2003, XIV, 155 S. ISBN 3-486-56748-9
- 60 *Marie-Luise Recker* (Hrsg.): Parlamentarismus in Europa. Deutschland, England und Frankreich im Vergleich (mit Beiträgen von A. Biefang, A. Kaiser, A. Kimmel, M. Kittel, M. Kreuzer, H. Oberreuter, W. Pyta, M.-L. Recker, U. Thaysen, A. Wirsching) 2004, XVIII, 232 S. ISBN 3-486-56817-5

## Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 61 *Helmut Altrichter* (Hrsg.): *GegenErinnerung. Geschichte als politisches Argument im Transformationsprozeß Ost-, Ostmittel- und Südosteuropas* (mit Beiträgen von H. Altrichter, C. Bethke, K. Brüggemann, V. Dumbrava, R. Eckert, U. von Hirschhausen, J. Hösler, I. Iveljić, W. Jilge, C. Kraft, H. Lemberg, R. Lindner, B. Murgescu, A. Nikžentaitis, A. Pók, H. Sundhaussen, S. Troebst, M. Wien) 2006, XXII, 326 S. ISBN 3-486-57873-1
- 62 *Jürgen Trabant* (Hrsg.): *Sprache der Geschichte* (mit Beiträgen von T. Borsche, G. Cacciatore, K. Ehlich, H. D. Kittsteiner, B. Lindorfer, Ch. Meier, T. B. Müller, W. Oesterreicher, St. Otto, U. Raulff, J. Trabant) 2005, XXIV, 166 S. ISBN 3-486-57572-4
- 63 *Anselm Doering-Manteuffel* (Hrsg.): *Strukturmerkmale der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts* (mit Beiträgen von E. Conze, A. Doering-Manteuffel, M. Geyer, H.-G. Haupt, H. James, G. Koenen, D. van Laak, M. Niehuss, L. Raphael, J. Reulecke, J. Rückert, M. Ruck, A. von Saldern, A. Schildt, A. Wirsching, M. Zimmermann) 2006, ca. 270 S. ISBN 3-486-58057-4
- 64 *Jan-Dirk Müller* (Hrsg.): *Text und Kontext: Fallstudien und theoretische Begründungen einer kulturwissenschaftlich angeleiteten Mediävistik* (mit Beiträgen von G. Althoff, H. Bleumer, U. von Bloh, U. Friedrich, B. Jussen, B. Kellner, Ch. Kiening, K. Krüger, St. G. Nichols, P. Strohschneider, Ch. Witthöft) 2007, ca. 290 S. ISBN 3-486-58106-8
- 65 *Peter Schäfer* (Hrsg.): *Wege mystischer Gotteserfahrung. Judentum, Christentum und Islam/Mystical Approaches to God. Judaism, Christianity, and Islam* (mit Beiträgen von W. Beierwaltes, P. Dinzelbacher, R. Elior, A. M. Haas, M. Himmelfarb, P. Schäfer, G. G. Stroumsa, S. Stroumsa), 2006, ca. 190 S. ISBN 3-486-58006-X
- 66 *Friedrich Wilhelm Graf* (Hrsg.): *Intellektuellen-Götter. Das religiöse Laboratorium der klassischen Moderne* (in Vorbereitung)
- 67 *Werner Busch* (Hrsg.): *Verfeinertes Sehen. Optik und Farbe im 18. und frühen 19. Jahrhundert* (mit Beiträgen von H. Böhme, U. Boskamp, E. Fioretini, J. Gage, B. Gockel, U. Klein, C. Meister, J. Müller-Tamm, A. Pietsch, O. Sibus, M. Wagner, M. Wellmann) (in Vorbereitung)
- 68 *Kaspar von Greyerz* (Hrsg.): *Individualisierungsweisen in interdisziplinärer Perspektive* (mit Beiträgen von J. S. Amelang, P. Becker, M. Christadler, R. Dekker, S. Faroghi, K. v. Greyerz, V. Groebner, G. Jancke, S. Mendelson, G. Piller, R. Ries) (in Vorbereitung)
- 69 *Wilfried Hartmann* (Hrsg.): *Schandtaten, von denen man früher nichts gehört hat. Neue Normen und veränderte Praxis. Kirchliches und weltliches Recht am Ende des 9. und am Beginn des 10. Jahrhunderts* (mit Beiträgen von C. Cubitt, R. Deutinger, S. Hamilton, W. Hartmann, E.-D. Hehl, K. Herbers, W. Kaiser, L. Körntgen, R. Meens, H. Siems, K. Ubl, K. Zechiel-Eckes) (in Vorbereitung)

### Schriften des Historischen Kollegs: Kolloquien

- 70 *Heinz Schilling* (Hrsg.): Konfessionsfundamentalismus in Europa um 1600. Was waren seine Ursachen, was die Bedingungen seiner Überwindung? (mit Beiträgen von R. Bireley, H.-J. Bömelburg, W. Frijhoff, A. Gotthard, H. Th. Gräf, W. Harms, Th. Kaufmann, A. Koller, V. Leppin, W. Monter, B. Roeck, A. Schindling, W. Schulze, I. Tóth, E. Wolgast) (in Vorbereitung)
- 71 *Michael Toch* (Hrsg.): Wirtschaftsgeschichte der mittelalterlichen Juden. Fragen und Einschätzungen (mit Beiträgen von D. Abulafia, R. Barzen, A. Holtmann, D. Jacoby, M. Keil, R. Mueller, H.-G. von Mutius, J. Shatzmiller, M. Toch, G. Todeschini, M. Wenniger) (in Vorbereitung)

#### *Sonderveröffentlichung*

*Horst Fuhrmann* (Hrsg.): Die Kaulbach-Villa als Haus des Historischen Kollegs. Reden und wissenschaftliche Beiträge zur Eröffnung, 1989, XII, 232 S. ISBN 3-486-55611-8

### Schriften des Historischen Kollegs: Vorträge

- 1 *Heinrich Lutz*: Die deutsche Nation zu Beginn der Neuzeit. Fragen nach dem Gelingen und Scheitern deutscher Einheit im 16. Jahrhundert, 1982, IV, 31 S. *vergriffen*
- 2 *Otto Pflanze*: Bismarcks Herrschaftstechnik als Problem der gegenwärtigen Historiographie, 1982, IV, 39 S. *vergriffen*
- 3 *Hans Conrad Peyer*: Gastfreundschaft und kommerzielle Gastlichkeit im Mittelalter, 1983, IV, 24 S. *vergriffen*
- 4 *Eberhard Weis*: Bayern und Frankreich in der Zeit des Konsulats und des ersten Empire (1799–1815), 1984, 41 S. *vergriffen*
- 5 *Heinz Angermeier*: Reichsreform und Reformation, 1983, IV, 76 S. *vergriffen*
- 6 *Gerald D. Feldman*: Bayern und Sachsen in der Hyperinflation 1922/23, 1984, IV, 41 S. *vergriffen*
- 7 *Erich Angermann*: Abraham Lincoln und die Erneuerung der nationalen Identität der Vereinigten Staaten von Amerika, 1984, IV, 33 S. *vergriffen*
- 8 *Jürgen Kocka*: Traditionsbindung und Klassenbildung. Zum sozialhistorischen Ort der frühen deutschen Arbeiterbewegung, 1987, 48 S. *vergriffen*
- 9 *Konrad Repgen*: Kriegslegitimationen in Alteuropa. Entwurf einer historischen Typologie, 1985, 27 S. *vergriffen*
- 10 *Antoni Mączak*: Der Staat als Unternehmen. Adel und Amtsträger in Polen und Europa in der Frühen Neuzeit, 1989, 32 S.
- 11 *Eberhard Kolb*: Der schwierige Weg zum Frieden. Das Problem der Kriegsbeendigung 1870/71, 1985, 33 S. *vergriffen*
- 12 *Helmut Georg Koenigsberger*: Fürst und Generalstände. Maximilian I. in den Niederlanden (1477–1493), 1987, 27 S. *vergriffen*
- 13 *Winfried Schulze*: Vom Gemeinnutz zum Eigennutz. Über den Normenwandel in der ständischen Gesellschaft der Frühen Neuzeit, 1987, 40 S. *vergriffen*
- 14 *Johanne Autenrieth*: „Litterae Virgilianae“. Vom Fortleben einer römischen Schrift, 1988, 51 S. *vergriffen*
- 15 *Tilemann Grimm*: Blickpunkte auf Südostasien. Historische und kulturanthropologische Fragen zur Politik, 1988, 37 S.
- 16 *Ernst Schulin*: Geschichtswissenschaft in unserem Jahrhundert. Probleme und Umrisse einer Geschichte der Historie, 1988, 34 S. *vergriffen*
- 17 *Hartmut Boockmann*: Geschäfte und Geschäftigkeit auf dem Reichstag im späten Mittelalter, 1988, 33 S. *vergriffen*
- 18 *Wilfried Barner*: Literaturwissenschaft – eine Geschichtswissenschaft? 1990, 42 S. *vergriffen*

### Schriften des Historischen Kollegs: Vorträge

- 19 *John C. G. Röhl*: Kaiser Wilhelm II. Eine Studie über Cäsarenwahnsinn, 1989, 36 S. *vergriffen*
- 20 *Klaus Schreiner*: Mönchsein in der Adelsgesellschaft des hohen und späten Mittelalters. Klösterliche Gemeinschaftsbildung zwischen spiritueller Selbstbehauptung und sozialer Anpassung, 1989, 68 S. *vergriffen*
- 21 *Roger Dufraisse*: Die Deutschen und Napoleon im 20. Jahrhundert, 1991, 43 S.
- 22 *Gerhard A. Ritter*: Die Sozialdemokratie im Deutschen Kaiserreich in sozialgeschichtlicher Perspektive, 1989, 72 S. *vergriffen*
- 23 *Jürgen Miethke*: Die mittelalterlichen Universitäten und das gesprochene Wort, 1990, 48 S. *vergriffen*
- 24 *Dieter Simon*: Lob des Eunuchen, 1994, 27 S.
- 25 *Thomas Vogtherr*: Der König und der Heilige. Heinrich IV., der heilige Remaklus und die Mönche des Doppelklosters Stablo-Malmedy, 1990, 29 S. *vergriffen*
- 26 *Johannes Schilling*: Gewesene Mönche. Lebensgeschichten in der Reformation, 1990, 36 S. *vergriffen*
- 27 *Kurt Raaflaub*: Politisches Denken und Krise der Polis. Athen im Verfassungskonflikt des späten 5. Jahrhunderts v. Chr., 1992, 63 S.
- 28 *Volker Press*: Altes Reich und Deutscher Bund. Kontinuität in der Diskontinuität, 1995, 31 S.
- 29 *Shulamit Volkov*: Die Erfindung einer Tradition. Zur Entstehung des modernen Judentums in Deutschland, 1992, 30 S.
- 30 *Franz Bauer*: Gehalt und Gestalt in der Monumentalsymbolik. Zur Ikonologie des Nationalstaats in Deutschland und Italien 1860–1914, 1992, 39 S.
- 31 *Heinrich A. Winkler*: Mußte Weimar scheitern? Das Ende der ersten Republik und die Kontinuität der deutschen Geschichte, 1991, 32 S. *vergriffen*
- 32 *Johannes Fried*: Kunst und Kommerz. Über das Zusammenwirken von Wissenschaft und Wirtschaft im Mittelalter vornehmlich am Beispiel der Kaufleute und Handelsmessen, 1992, 40 S.
- 33 *Paolo Prodi*: Der Eid in der europäischen Verfassungsgeschichte, 1992, 35 S.
- 34 *Jean-Marie Moeglin*: Dynastisches Bewußtsein und Geschichtsschreibung. Zum Selbstverständnis der Wittelsbacher, Habsburger und Hohenzollern im Spätmittelalter, 1993, 47 S.
- 35 *Bernhard Kölver*: Ritual und historischer Raum. Zum indischen Geschichtsverständnis, 1993, 65 S.
- 36 *Elisabeth Fehrenbach*: Adel und Bürgertum im deutschen Vormärz, 1994, 31 S.

### Schriften des Historischen Kollegs: Vorträge

- 37 *Ludwig Schmugge*: Schleichwege zu Pfründe und Altar. Päpstliche Dispense vom Geburtsmakel 1449–1533, 1994, 35 S.
- 38 *Hans-Werner Hahn*: Zwischen Fortschritt und Krisen. Die vierziger Jahre des 19. Jahrhunderts als Durchbruchphase der deutschen Industrialisierung, 1995, 47 S.
- 39 *Robert E. Lerner*: Himmelsvision oder Sinnendelirium? Franziskaner und Professoren als Traumdeuter im Paris des 13. Jahrhunderts, 1995, 35 S.
- 40 *Andreas Schulz*: Weltbürger und Geldaristokraten. Hanseatisches Bürgertum im 19. Jahrhundert, 1995, 38 S.
- 41 *Wolfgang J. Mommsen*: Die Herausforderung der bürgerlichen Kultur durch die künstlerische Avantgarde. Zum Verhältnis von Kultur und Politik im Wilhelminischen Deutschland, 1994, 30 S.
- 42 *Klaus Hildebrand*: Reich – Großmacht – Nation. Betrachtungen zur Geschichte der deutschen Außenpolitik 1871–1945, 1995, 25 S.
- 43 *Hans Eberhard Mayer*: Herrschaft und Verwaltung im Kreuzfahrerreich Jerusalem, 1996, 38 S.
- 44 *Peter Blickle*: Reformation und kommunaler Geist. Die Antwort der Theologen auf den Wandel der Verfassung im Spätmittelalter, 1996, 42 S.
- 45 *Peter Krüger*: Wege und Widersprüche der europäischen Integration im 20. Jahrhundert, 1995, 39 S.
- 46 *Werner Greiling*: „Intelligenzblätter“ und gesellschaftlicher Wandel in Thüringen. Anzeigenwesen, Nachrichtenvermittlung, Rasonnement und Sozialdisziplinierung, 1995, 38 S.

## Schriften des Historischen Kollegs: Dokumentationen

- 1 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:  
Erste Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,  
Schriften des Historischen Kollegs, 1984, VI, 70 S., mit Abbildungen *vergriffen*
- 2 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Horst Fuhrmann, Das Interesse am  
Mittelalter in heutiger Zeit. Beobachtungen und Vermutungen – Lothar Gall,  
Theodor Schieder 1908 bis 1984, 1987, 65 S. *vergriffen*
- 3 Leopold von Ranke: Vorträge anlässlich seines 100. Todestages. Gedenkfeier der  
Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften und  
der Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft  
am 12. Mai 1986, 1987, 44 S. *vergriffen*
- 4 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:  
Zweite Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,  
Schriften des Historischen Kollegs, 1987, 98 S., mit Abbildungen
- 5 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Thomas Nipperdey, Religion und Gesell-  
schaft: Deutschland um 1900, 1988, 29 S. *vergriffen*
- 6 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Christian Meier, Die Rolle des Krieges  
im klassischen Athen, 1991, 55 S. *vergriffen*
- 7 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:  
Dritte Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,  
Schriften des Historischen Kollegs, 1991, 122 S., mit Abbildungen *vergriffen*
- 8 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:  
Historisches Kolleg 1980–1990. Vorträge anlässlich des zehnjährigen Bestehens  
und zum Gedenken an Alfred Herrhausen, 1991, 63 S.
- 9 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Karl Leyser, Am Vorabend der ersten  
europäischen Revolution. Das 11. Jahrhundert als Umbruchszeit, 1994, 32 S.
- 10 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:  
Vierte Verleihung des Preises des Historischen Kollegs. Aufgaben, Stipendiaten,  
Schriften des Historischen Kollegs, 1993, 98 S., mit Abbildungen
- 11 Theodor-Schieder-Gedächtnisvorlesung: Rudolf Smend, Mose als geschichtliche  
Gestalt, 1995, 23 S.
- 12 Stiftung Historisches Kolleg im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft:  
Über die Offenheit der Geschichte. Kolloquium der Mitglieder des Historischen  
Kollegs, 20. und 21. November 1992, 1996, 84 S.

Vorträge und Dokumentationen sind nicht im Buchhandel erhältlich;  
sie können, soweit lieferbar, über die Geschäftsstelle des Historischen Kollegs  
(Kaulbachstraße 15, 80539 München) bezogen werden.

## Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1995:

*Arnold Esch*

Rom in der Renaissance. Seine Quellenlage als methodisches Problem

*Manlio Bellomo*

Geschichte eines Mannes: Bartolus von Sassoferrato und die moderne europäische Jurisprudenz

*František Šmahel*

Das verlorene Ideal der Stadt in der böhmischen Reformation

*Alfred Haverkamp*

„... an die große Glocke hängen“. Über Öffentlichkeit im Mittelalter

*Hans-Christof Kraus*

Montesquieu, Blackstone, De Lolme und die englische Verfassung des 18. Jahrhunderts

1996, VIII, 180 S. ISBN 3-486-56176-6

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1996:

*Johannes Fried*

Wissenschaft und Phantasie. Das Beispiel der Geschichte

*Manfred Hildermeier*

Revolution und Kultur: Der „Neue Mensch“ in der frühen Sowjetunion

*Knut Schulz*

Handwerk im spätmittelalterlichen Europa. Zur Wanderung und Ausbildung von Lehrlingen in der Fremde

*Werner Eck*

Mord im Kaiserhaus? Ein politischer Prozeß im Rom des Jahres 20 n. Chr.

*Wolfram Pyta*

Konzert der Mächte und kollektives Sicherheitssystem: Neue Wege zwischenstaatlicher Friedenswahrung in Europa nach dem Wiener Kongreß 1815

1997, VI, 202 S. ISBN 3-486-56300-9

## Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1997:

*Eberhard Weis*

Hardenberg und Montgelas. Versuch eines Vergleichs ihrer Persönlichkeiten und ihrer Politik

*Dietmar Willoweit*

Vom alten guten Recht. Normensuche zwischen Erfahrungswissen und Ursprungslegenden

*Aharon Oppenheimer*

Messianismus in römischer Zeit. Zur Pluralität eines Begriffes bei Juden und Christen

*Stephen A. Schuker*

Bayern und der rheinische Separatismus 1923–1924

*Gerhard Schuck*

Zwischen Ständeordnung und Arbeitsgesellschaft. Der Arbeitsbegriff in der frühneuzeitlichen Policey am Beispiel Bayerns

1998, XXI, 169 S. ISBN 3-486-56375-0

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1998:

*Peter Pulzer*

Der deutsche Michel in John Bulls Spiegel: Das britische Deutschlandbild im 19. Jahrhundert

*Gerhard Besier*

„The friends . . . in America need to know the truth . . .“

Die deutschen Kirchen im Urteil der Vereinigten Staaten (1933–1941)

*David Cohen*

Die Schwestern der Medea. Frauen, Öffentlichkeit und soziale Kontrolle im klassischen Athen

*Wolfgang Reinhard*

Staat machen: Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte

*Lutz Klinkhammer*

Die Zivilisierung der Affekte. Kriminalitätsbekämpfung im Rheinland und in Piemont unter französischer Herrschaft 1798–1814

1999, 193 S., ISBN 3-486-56420-X

## Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 1999:

*Jan Assmann*

Ägypten in der Gedächtnisgeschichte des Abendlandes

*Thomas A. Brady*

Ranke, Rom und die Reformation: Leopold von Rankes Entdeckung des Katholizismus

*Harold James*

Das Ende der Globalisierung? Lehren aus der Weltwirtschaftskrise

*Christof Dipper*

Helden überkreuz oder das Kreuz mit den Helden. Wie Deutsche und Italiener die Heroen der nationalen Einigung (der anderen) wahrnahmen.

*Felicitas Schmieder*

„... von etlichen geistlichen leyen wegen“. Definitionen der Bürgerschaft im spätmittelalterlichen Frankfurt

2000, VI, 199 S., 7 Abb., ISBN 3-486-56492-7

Jahrbuch des Historischen Kollegs 2000:

*Winfried Schulze*

Die Wahrnehmung von Zeit und Jahrhundertwenden

*Frank Kolb*

Von der Burg zur Polis. Akkulturation in einer kleinasiatischen „Provinz“

*Hans Günter Hockerts*

Nach der Verfolgung. Wiedergutmachung in Deutschland: Eine historische Bilanz 1945–2000

*Frank-Rutger Hausmann*

„Auch im Krieg schweigen die Musen nicht“. Die ‚Deutschen Wissenschaftlichen Institute‘ (DWI) im Zweiten Weltkrieg (1940–1945)

*Ulrike Freitag*

Scheich oder Sultan – Stamm oder Staat? Staatsbildung im Hadramaut (Jemen) im 19. und 20. Jahrhundert

2001, VI, 250 S., 16 Abb., ISBN 3-486-56557-5

## Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 2001:

*Michael Stolleis*

Das Auge des Gesetzes. Materialien zu einer neuzeitlichen Metapher

*Wolfgang Hardtwig*

Die Krise des Geschichtsbewußtseins in Kaiserreich und Weimarer Republik und der Aufstieg des Nationalsozialismus

*Diethelm Klippel*

Kant im Kontext. Der naturrechtliche Diskurs um 1800

*Jürgen Reulecke*

Neuer Mensch und neue Männlichkeit. Die „junge Generation“ im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts

*Peter Burschel*

Paradiese der Gewalt. Martyrium, Imagination und die Metamorphosen des nachtridentinischen Heiligenhimmels

2002, VI, 219 S. ISBN 3-486-56641-5

Jahrbuch des Historischen Kollegs 2002:

*Wolfgang Reinhard*

Geschichte als Delegitimation

*Jürgen Trabant*

Sprache der Geschichte

*Marie-Luise Recker*

„Es braucht nicht niederreißende Polemik, sondern aufbauende Tat.“  
Zur Parlamentskultur der Bundesrepublik Deutschland

*Helmut Altrichter*

War der Zerfall der Sowjetunion vorauszusehen?

*Andreas Rödder*

„Durchbruch in Kaukasus“? Die deutsche Wiedervereinigung und die Zeitgeschichtsschreibung

2003, VI, 179 S., 2 Abb. ISBN 3-486-56736-5

## Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 2003:

*Jochen Martin*

Rom und die Heilsgeschichte. Beobachtungen zum Triumphbogenmosaik von S. Maria Maggiore in Rom

*Jan-Dirk Müller*

Imaginäre Ordnungen und literarische Imaginationen um 1200

*Peter Schäfer*

Ex oriente lux? Heinrich Graetz und Gershom Scholem über den Ursprung der Kabbala

*Anselm Doering-Manteuffel*

Mensch, Maschine, Zeit. Fortschrittsbewußtsein und Kulturkritik im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts

*Bernhard Löffler*

Öffentliches Wirken und öffentliche Wirkung Ludwig Erhards

2004, VI, 205 S., 20 Abb. ISBN 3-486-56843-4

Jahrbuch des Historischen Kollegs 2004:

*Wolfgang Frühwald*

„Wer es gesehen hat, der hat es auf sein ganzes Leben“. Die italienischen Tagebücher der Familie Goethe

*Kaspar von Greyerz*

Vom Nutzen und Vorteil der Selbstzeugnisforschung in der Frühneuzeit-Historie

*Friedrich Wilhelm Graf*

Annihilatio historiae? Theologische Geschichtsdiskurse in der Weimarer Republik

*Werner Busch*

Die Naturwissenschaften als Basis des Erhabenen in der Kunst des 18. und frühen 19. Jahrhunderts

*Jörn Leonhard*

Der Ort der Nation im Deutungswandel kriegerischer Gewalt: Europa und die Vereinigten Staaten 1854–1871

2005, VI, 182 S., 9 Abb. ISBN 3-486-57741-7

## Schriften des Historischen Kollegs: Jahrbuch

Jahrbuch des Historischen Kollegs 2005:

*Michael Mitterauer*

Europäische Geschichte in globalem Kontext

*Michael Toch*

Das Gold der Juden – Mittelalter und Neuzeit

*Heinz Schilling*

Gab es um 1600 in Europa einen Konfessionsfundamentalismus? Die Geburt des internationalen Systems in der Krise des konfessionellen Zeitalters

*Wilfried Hartmann*

„Sozialdisziplinierung“ und „Sündenzucht“ im frühen Mittelalter? Das bischöfliche Sendgericht in der Zeit um 900

*Peter Scholz*

*Imitatio patris* statt griechischer Pädagogik. Überlegungen zur Sozialisation und Erziehung der republikanischen Senatsaristokratie

2006, VI, 191 S., 17 Abb. ISBN 3-486-57963-0

